Das Recht, eine Einrichtung wegzunehmen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Hans Sauer
bacc. jur., Referendar aus Marburg.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

MARBURG a. L.
Buchdruckerei Heinrich Bauer
1909

Meiner Mutter

und

dem Andenken meines Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545812_0025

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung . . . . . 7—8

Erster Teil:

Entwicklung des Begriffes der Einrichtung.

§ 2. I. Name der Verwendungen . . . . . 9—11

§ 3. II. Begriff der Verwendungen . . . . . 11—32

a) Kosten . . . . . 11—12

b) Aufwendungen . . . . . 12—17

c) Verwendungen und Einrichtung . . . . . 17—32

Zweiter Teil:

Das Recht, eine Einrichtung wegzunehmen.

A) Historischer Teil: Die Entwicklung des Wegnahmerechts . . . . . 33—61

§ 4. I. Das jus tollendi des corp. jur. und des gem. Rechts 33—51

a) Gegenstand . . . . . 35—39

b) Person . . . . . 39—43

c) Voraussetzungen . . . . . 43—46

d) Einfluß des Ersatzanspruches . . . . . 46—48

e) Inhalt und rechtliche Natur . . . . . 48—49

f) Ausübung und Geltendmachung . . . . . 49—51

§ 5. II. Das Wegnahmerecht in Deutschem Recht . . . 51—57

1. Das Wegnahmerecht der Witwe am Witwen-Gebäude . . . . . 52—53

2. Die Wegnahme einer Ueberbesserung . . . . 53—57

§ 6. III. Das Wegnahmerecht in den neueren Codificationen 57—61

B) Dogmatischer Teil: Das Recht, eine Einrichtung wegzunehmen, nach dem B. G. B. . . . . 62—85

§ 7. I. Positive Vorschriften des Gesetzes . . . . . 62—75

a) Gegenstand . . . . . 62—63

b) Person . . . . . 63—64

c) Voraussetzungen . . . . . 64—71
1. Positive . . . . . 64—65
2. Negative . . . . . 65—71
d) Ausübung und Geltendmachung . . . . . 71—74
e) Erlöschen und Verjährung . . . . . 74—75
§ 8. II. Zweifelhafte Fragen . . . . . 75—76
§ 9. III. Rechtliche Natur des Wegnahmerechts . . . . 76—85
§ 10. Schluß 85

§ 1.

Einleitung.

Das Recht zum Gebrauch einer Sache schließt die Befugnis in sich, die Sache den jeweiligen Zwecken, um derentwillen die Gebrauchsüberlassung erfolgt ist, anzupassen. Voraussetzung dabei ist, daß dadurch die Sache nicht entwertet wird. Auf Grund dieser Befugnis kann der Mieter, Pächter, Entleiher, Nießbraucher u. s. w., kurz der Gebrauchsberechtigte, die Sache mit irgend etwas versehen, das entweder im allgemeinen oder auch nur dem betreffenden Gebrauchsberechtigten dienlich erscheint, den Gebrauchswert der Sache zu erhöhen, oder zu vervielfältigen, zu verallgemeinern.

Entsprechend der Befugnis, die Gebrauchssache mit etwas Zweckdienlichem zu versehen, ist dem Gebrauchsberechtigten vom Gesetz auch das Recht gegeben, dieses „Etwas“ wieder wegzunehmen.

Und dieses Recht wollen wir untersuchen.

Als seinen Gegenstand bezeichnet das Gesetz einerseits, und zwar stets wenn es sich um ein vertragsmäßiges Gebrauchsrecht handelt, eine „Einrichtung“; andererseits gibt es in § 997 I dem Besitzer das Recht, die Sache, die er mit „einer anderen als wesentlichen Bestandteil verbunden hat“, abzutrennen und sich anzueignen. In allen Fällen aber spricht das Gesetz unmittelbar vor- oder nachher von einer „Verwendung“.

Diesen Begriff hat es ebensowenig festgelegt, wie den der Einrichtung. Und wenn auch der Verwendungsbegriff in dem früheren Recht bekannt war, so gilt dies nicht von dem Begriff der Einrichtung, der nur von dem Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch erwähnt wird. Das Gesetz reiht also selbst die Einrichtung in das Verwendungsgebiet ein.

Bevor wir das Wegnahmerecht an einer Einrichtung behandeln, werden wir deshalb den Begriff der Einrichtung im Zusammenhang mit und aus dem Begriff der Verwendung heraus zu entwickeln haben.

Erster Teil:

Entwicklung des Begriffes der Einrichtung.

§ 2.

I. Name der Verwendungen.

Im Laufe der Jahrhunderte bilden sich in den verschiedenen Kulturstaaten verschiedene Bezeichnungen, die denselben Begriff in mehr oder weniger treffender Weise zum Ausdruck bringen.

So auch hier.

Schon die römischen Quellen haben für „Verwendungen" die verschiedensten Ausdrücke. Am häufigsten finden wir im corpus juris dafür das Wort „impensae".[1] Sogar ein Digestentitel ist dementsprechend überschrieben: „De impensis in res dotales factis". In derselben Bedeutung, aber nicht so häufig wie das Wort „impensae" spricht das corpus juris von „expensae"[2], „impendium"[3], „impendia"[4], „meliorationes"[5], „sumtus"[6]. Und zwar werden diese Ausdrücke bunt durcheinander gebraucht. Innerliche Unterschiede in der Terminologie sind nicht zu finden.

Immerhin hat man versucht, Unterscheidungen zu machen.

Wening-Ingenheim[7] unterscheidet „impensae iudicia-

1) l. 38 D. V, 3; l. 79 D. L. 16; l. 14 D. XXV, 1.
2) l. 39 § ult. D. IV, 4; l. XII C. III, 31; l. XXIV C. II, 19.
3) l. 7 D. IX, 2; l. ult. D. IX, 3; l. 27. D. XXVII, 1.
4) l. 13 D. XXV, 1; l. 15 eod.
5) l. 24 D. II, 19; l. 3 C. IV, 66.
6) l. 18 § ult. D. 39, 5; l. 79 D. V, 1; l. 22 § 3 D. XXXVI, 1.
7) S. 1.

les“ und „extrajudiciales“: „impensae judiciales vocantur, quae ex lite coram judicibus publicis tractata oriuntur, impensae extrajudiciales varia ratione oriri possunt re non in judicium deducta.“

Fabricius[1]) faßt als Oberbegriff „sumtus“ (Kosten) und teilt ihn ein in „expensae“ (Auslagen, Ausgaben) und „impensae“ (Verwendungen). Aehnlich wie er konstruiert Jagemann einen Unterschied zwischen „impensae“ und „expensae“.[2]) Seine Unterscheidung ist zwar logisch zutreffend; willkürlich ist es jedoch, zu behaupten, daß die Römer durch die verschiedenen Worte „impensae“ und „expensae“ das begriffliche unterscheidende Merkmal haben zum Ausdruck bringen wollen. Denn es fehlt m. E. an jeder Grundlage, auf die man diese Behauptung stützen könnte.

Böcking[3]) scheidet „impensae in rem“ (Kosten) und „impensae propter rem“ (Unkosten).

Seuffert[4]) und mit ihm Holzschuher[5]) nennen Verwendungen auf eine Sache „impensae“, die durch die Sache veranlaßten Ausgaben „expensae“.

Alle diese Unterscheidungen sind im corpus juris nur angedeutet, aber keineswegs gleichmäßig durchgeführt. Es ist deshalb daran festzuhalten, daß das römische Recht mit den verschiedenen Ausdrücken nicht verschiedene Begriffe, sondern stets ein und denselben, und zwar je nach dem wirtschaftlichen Gebiet seiner Anwendung, verschiedentlich bezeichnet. Ebenso gebraucht das gemeine Recht verschiedene, aber gleichbedeutende Ausdrücke.

Sintenis[6]) redet bei Behandlung der rei vindicatio und der Gegenleistungen, zu denen der Kläger dem Be-

1) S. 1.
2) Weiske's Rechtslexikon Bd. 6. S. 195 ff.
3) § 107 III S. 447.
4) Pand. § 66.
5) Bd. I § 35 zu 12 S. 338.
6) Bd. I. S. 534.

klagten gegenüber verpflichtet ist, von „Kosten, die der Verklagte auf die Sache verwendet hat"; einige Zeilen weiter setzt er dann, entsprechend dem schon vorher gebrauchten Verbum, an Stelle des Ausdrucks „Kosten" die Bezeichnung „Verwendung".

Und diese Ausdrücke werden in der ganzen gemeinrechtlichen Literatur neben der Hauptbezeichnung des corpus juris „impensae" stets gleichlautend und gleichbedeutend untereinander und mit dieser gebraucht.

Der Sprachgebrauch des B. G. B. erstreckt sich auf die Fachausdrücke: „Kosten" [1]), „Aufwendungen" [2]), „Verwendungen" [3]) und „Einrichtung". [4]) Was das Gesetz unter diesen Ausdrücken verstanden wissen will, werden wir im folgenden Paragraphen zu untersuchen haben.

§ 3.

II. Begriff der Verwendungen.

a) Kosten. Dabei ist zunächst festzustellen: Als der Begriff „Kosten" kommt für unsere Frage nur in Betracht, was das B. G. B. einmal nur in dem Spezialfall der Verwendungen als Kosten bezeichnet, in dem es sich um die Ausgaben für die Gewinnung von Früchten handelt [5]), und zweitens die Kosten, über deren Tragung das Gesetz im Zusammenhang mit Vorschriften über Ersatzansprüche für Verwendungen bestimmt. Auf Grund dieser Bestimmungen erklären wir den Begriff Kosten als „Ausgaben, die gemacht sind für die Gewinnung von Früchten oder die Erhaltung einer Sache," (insbesondere Fütterung eines gemieteten Tieres).

Nun zu der Bedeutung der Ausdrücke, mit denen das

1) §§ 102, 601, 998.
2) §§ 995, 222, Abs. 2.
3) §§ 997 ff.
3) u. 4) §§ 500, 547, 601, 1049, 1216, 2125.
5) §§ 102, 998.

Gesetz Begriffe bezeichnen will, die direkt in die Lehre von den Verwendungen hineinspielen und teilweise deren Mittelpunkt bilden.

b) Aufwendung. Was das Gesetz unter dieser Bezeichnung versteht, sagt es uns nicht. Jedenfalls aber will es nicht einen derartig engen Begriff damit bezeichnen, wie ihn Sachs[1]) annimmt. Das Gesetz versteht darunter nicht ausschließlich „Ausgaben zur Bestreitung von Lasten der Sache“ und am wenigsten ist die Ansicht Sachs' aus den a. a. o. zitierten Gesetzesstellen zu begründen. Denn in diesen spricht das B. G. B. von „den Aufwendungen, die der Besitzer und der Erbschaftsbesitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache macht.“[2]) Aus diesem Relativsatz, der hier nur eine bestimmte Art von Aufwendungen bezeichnet und bezeichnen soll, kann man m. E. keine allgemeine Definition ableiten.

Zur Feststellung des vom Gesetz gewollten Begriffes vergegenwärtigen wir uns, weshalb der Ausdruck eingeführt wurde und untersuchen dies vom wirtschaftlichen und rechtlichen Gesichtspunkt.

Das Gesetz wählte die Bezeichnung nach meiner Ansicht, damit Mißverständnissen vorgebeugt würde, weil sonst nicht mit Sicherheit die letztgenannten Ausgaben als auf die Sache gemachte Verwendungen angesehen werden könnten.[3]) Bestätigung findet diese Ansicht bei Planck und den Protokollen der zweiten Kommission.[4])

Was kann nun, vom wirtschaftlichen Gesichtspunkt aus betrachtet, aufgewendet werden? Darauf antwortet uns § 256 Satz 1: „Wer zum Ersatze von Aufwendungen verpflichtet ist, hat den aufgewendeten Betrag oder, wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind,

1) S. 8, Anm. 1.
2) §§ 995, 2022 Abs. 2.
3) Ebenso Ledermann, S. 5.
4) Bd. III zu § 995 und Prot. d. 2. Kom. Bd III S. 354.

den als Ersatz ihres Wertes zu zahlenden Betrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen.“ Also nicht nur mit Geld kann eine Aufwendung gemacht werden, sondern auch andere Gegenstände können aufgewendet werden. Danach stellen wir fest, daß Aufwendungen auf einen Gegenstand möglich sind in allen möglichen Gegenständen, in Rechten und in Sachen, sowohl in beweglichen als in unbeweglichen. Wenn also das Gesetz in §§ 995, 2022, 2185 von Aufwendungen redet, die der Besitzer u. s. w. zur Bestreitung von Lasten der Sache macht, so hätte es besser den Ausdruck „Kosten“ gebrauchen sollen.

Wie steht es nun mit dem rechtlichen Schicksal des aufgewendeten Gegenstandes? Bleibt er im Eigentum des Aufwendenden oder geht dessen Recht an ihm unter?

Hier entscheidet die Art der Aufwendung. Sie kann zweifach sein: entweder der aufgewendete Gegenstand bleibt trotz seiner Beziehung zu dem anderen Gegenstand eine selbständige Sache oder nicht. Das erste ist der Fall, wenn er nicht zum wesentlichen Bestandteil des Hauptgegenstandes wird, also bei unwesentlicher Sachverbindung; das zweite tritt ein, wenn eine wesentliche Sachverbindung vorliegt, wenn er zum wesentlichen Bestandteil des Hauptgegenstandes geworden ist.

Hier wird es nötig, zu der in der Wissenschaft noch immer umstrittenen Frage, was ein wesentlicher Bestandteil ist, wann eine wesentliche Verbindung vorliegt, kurz unseren Standpunkt darzulegen.

Die Feststellung des Begriffs der wesentlichen Bestandteile beruht nicht auf Rechtsgründen, sondern auf wirtschaftlichen Rücksichten. Denn nicht nach der Willkür des einzelnen, sondern nach allgemeinen Kulturzwecken muß man bestimmen, was wesentlicher Bestandteil einer Sache ist. „Denn die allgemeinen Kulturzwecke sind die Schöpfer der Pertinenzprinzipien.“ [1]) Notwendig ist, daß

1) Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 14 S. 1 ff.

die Bestandteile in einer bestimmenden Weise zu gewissen Lebenszwecken beitragen. Und diese Zwecke sind Zwecke der Produktion oder der Konsumtion. Und zwar müssen sie dazu beitragen, nicht „nach der speziellen Produktions- oder Konsumtionsweise eines einzelnen", sondern nach der Produktions- und Konsumtionsweise, die bei der Allgemeinheit üblich und herkömmlich ist; sie müssen so dazu beitragen, daß eine Fortdauer der Verbindung die Möglichkeit fortdauernder kultureller Benutzung gewährleistet, die Trennung dagegen zur Lösung des nötigen organischen Zusammenhangs und damit zur Zerstörung des betreffenden Kulturzweckes führt.[1]) Von diesem Gesichtspunkt der Wertvernichtung aus haben wir ein Vorliegen eines wesentlichen Bestandteils zu prüfen, indem wir mit Enneccerus wesentliche Bestandteile definieren als „Sachen, die für das Recht nur als Teil in Betracht kommen, die rechtlich keine besonderte Existenz führen, die eben ihrem Wesen nach nur Bestandteile sind."[2])

Die allgemeine Vorschrift des § 93 bietet hier keine Schwierigkeit. Wichtiger ist für unsere Untersuchung die den allgemeinen § 93 ergänzende Spezialvorschrift des § 94. Denn in den meisten Fällen wird es sich um eine auf ein Gebäude gemachte Verwendung handeln.

Und die Bestimmungen des § 94 beruhen auf dem gleichen, oben entwickelten volkswirtschaftlichen Interesse wie die des § 93. Wenn dies auch im Gesetz nicht zum Ausdruck gebracht ist, so heben es doch die Motive hervor.[3])

Nach § 94 Abs. 2 sind wesentliche Bestandteile eines Gebäudes „die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen".

---

1) cf. Kohler a. a. o.; Lenel in der deutsch. Juristenzeitung 11. Jahrgg. 1906 Nr. 1 S. 45 ff.

2) Bd. I 2. Aufl. § 48.

3) III, S. 43.

Daß es bei der Herstellung auf die erste Herstellung des Gebäudes nicht ankommen kann ist unbestritten.[1]) Denn es würde zu widersinnigen Ergebnissen führen, wenn man die zur Ausbesserungs-, Ergänzungs-, Vervollkommnungszwecken später eingefügten Sachen anders behandeln wollte, als wenn sie bereits bei der Erbauung eingefügt worden wären. Zweifelhaft ist nur, wo man die Grenze zwischen den zur Herstellung und den nur zur Ausstattung eines Gebäudes eingefügten Sachen zu ziehen hat. Während Endemann[2]) das „Wesen" des Hauses, Dernburg[3]) die Verkehrsanschauung maßgebend sein läßt, gehören dazu nach den Motiven[4]) „alle zur dauernden Bildung des Gebäudes als eines in sich vollendeten wirtschaftlichen Ganzen bestimmten Sachen."[5])

Daß das B. G. B. auch hier, wie Dernburg, die Verkehrsanschauung zu Grunde legen will, ist nicht zu bezweifeln, aber es fragt sich, was unter Verkehrsanschauung zu verstehen ist. Und hier haben wir unsere obige Untersuchung über den Einfluß des wesentlichen Bestandteils auf den Kulturzweck der Hauptsache praktisch zu verwerten. Denn die Verkehrsanschauung bestimmt sich von dem Standpunkt desjenigen aus, der die Sache als Konsument erwirbt, d. h. bei Gebäuden des Käufers und des Mieters. Was der Mieter, wenn er in ein Haus einzieht, was der Käufer, wenn er ein Haus übernimmt, auf das Grundstück mitzubringen pflegen, das sieht der Verkehr an als zur Ausstattung, nicht als zur Herstellung des Gebäudes dienend. Aber was Käufer und Mieter an eingefügten

1) Vgl. Endemann I, S. 241 Anm. 21; Hölder I S. 214 Anm. 4; Turnau-Förster, S. 27. Kunze, S. 16; Reichsgerichtsentsch. 9 S. 127. 26 S. 347.

2) I. S. 241 Anm. 21.

3) B. R. III, S. 20.

4) Bd. III S. 44.

5) So: Tobias, Arch. f. civ. Prax. Bd. 94, S. 392 ff. Aehnlich Kunze a. a. O. S. 17.

Sachen vorzufinden erwarten und nach den Gebräuchen der Zeit und des Ortes zu erwarten berechtigt sind, das ist anzusehen als zur Herstellung des Gebäudes dienend.[1])

Wann nun eine Einfügung vorliegt, wird im Allgemeinen Tatfrage sein.[2]) Jedenfalls ist aber nach der sprachlichen Bedeutung des Wortes „Einfügen" wie nach dem gesetzgeberischen Grunde für die Vorschrift des § 94 Abs. 2 erforderlich, daß der einzufügende Gegenstand „zwischen andere Teile", überhaupt in ein größeres Ganzes „hineingebracht" und zugleich in eine für ihn bestimmte Stelle „eingepaßt" werde, sodaß eine feste Verbindung mit dem ihn umschließenden Stücken hergestellt wird.[3])

Andererseits ist es bei einer Einfügung zu einer wesentlichen Verbindung nicht gekommen, wenn es sich um Sachen handelt, die zu einem vorübergehenden Zweck in ein Gebäude eingefügt sind.[4])

Ob ein vorübergehender Zweck vorliegt, ist zu prüfen, einmal nach dem Tatbestand und dann nach der Absicht desjenigen, der die Verbindung herstellte.

Eine Aufwendung, die nach diesen Grundsätzen über wesentliche Sachverbindungen die aufgewendete Sache zum wesentlichen Bestandteil des anderen Gegenstandes nicht macht, sodaß die Sache selbständig bleibt und ihr früheres rechtliches Schicksal beibehält, ist eine Aufwendung im weitesten Sinn, zu dessen Bezeichnung das Gesetz offenbar nicht unbewußt in dem Ausdruck „Aufwendung" den umfassendsten der ihm aus dem Gebiet der Verwendungslehre zu Gebote stehenden gewählt hat.[5])

Ist dagegen der aufgewendete Gegenstand wesentlicher Bestandteil des anderen geworden, hat er damit

1) Vgl. Tobias a. a. O.
2) Vgl. Neumann, Kom. z. B. G. B. I, § 94.
3) Vgl. Jur. Wochenschr. 1904 Nr. 89, 6 und Nr. 110, 4.
4) § 95 Abs. 2.
5) Vgl. Ledermann, S. 5.

aufgehört, ein besonderes Rechtsobjekt zu sein, so haben wir den Begriff der „Aufwendung im engeren Sinn“; und dieser Begriff ist dem verallgemeinernden umfassenderen Begriff „Aufwendung“ untergeordnet und wird vom Gesetz promiscue mit dem Ausdruck „Verwendung“ gebraucht.

c) Verwendung. Das Gesetz selbst gibt uns keine Definition. Der Gesetzgeber hielt es nicht für ratsam, allgemeine Sätze in das B. G. B. aufzunehmen; „denn der Begriff der Verwendungen ist der bisherigen Theorie und Praxis völlig geläufig und es ist deshalb nicht zu besorgen, daß der Mangel einer Legaldefinition zu irrigen Auffassungen derjenigen Vorschriften führen wird, welche mit diesem Begriff operieren.“ [1]) Trotzdem finden wir in den Motiven eine Definition der Verwendungen „als Geschäfte, deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgend einer Weise zugute kommt“. [2])

Untersuchen wir, ob wir diese Definition als ausreichend und zweckmäßig anerkennen können, um darauf unsere weitere Darstellung mit aufbauen zu können.

Sie ist ohne Kritik von manchen Theoretikern und sogar von anerkannten Stützen der Wissenschaft übernommen worden. [3]) Trotzdem können wir sie nicht als eine glückliche bezeichnen.

Zunächst bemängeln wir den Ausdruck „Geschäfte“.

Er ist zu eng. Denn nicht nur in Geschäften, auch in allen möglichen Arbeiten kann eine Verwendung liegen. [4]) Außerdem ist hier der Ausdruck „Geschäfte“ mindestens zweideutig gebraucht. Denn nach dem Sprachgebrauch des B. G. B. soll „Geschäft“ im Sinne von Rechts-

1) Bd. 3 S. 31.

2) Bd. 3 S. 411.

3) Planck Vorbem. zu § 994, Bd. III, S. 263. Enneccerus-Lehmann, Bd. 2 § 69, 3, S. 204; Biermann, § 994.

4) Leist, S 12; Dernburg B. R. Bd. III § 122, II S. 358.

geschäft verstanden sein.[1]) Sehr oft aber handelt es sich bei Verwendungen nicht um Rechtsgeschäfte, so besonders bei denen des unrechtmäßigen Besitzers, sei es nun, daß er in Unkenntnis des wahren Sachverhalts — „als redlicher Besitzer“ — die Verwendungen gemacht hat, oder in der Erwartung, daß er vom Eigentümer nicht auf Herausgabe der Sache — „als unredlicher Besitzer“ — verklagt werde, jedesmal wird der zum Vorhandensein eines Rechtsgeschäfts stets unumgänglich nötige Verpflichtungswille fehlen.

Ferner können wir nicht als wesentliches Moment für den Verwendungsbegriff annehmen, daß die Verwendung dem dinglich Berechtigten zugute kommen müsse.[2]) Dies ergibt sich schon ohne weiteres aus dem Bereicherungsprinzip, auf den der E. I noch steht. § 936 E. I gibt dem Besitzer nur insoweit Anspruch auf Ersatz als der Eigentümer bereichert ist. Daraus folgt, per argumentum e contrario, daß es auch Verwendungen geben muß, die den Eigentümer nicht bereichern, die also „dem dinglich Berechtigten nicht zugute kommen“.[3])

Einen anderen Fingerzeig zur Feststellung des Verwendungsbegriffes bieten die Motive a. a. O. Darnach soll die Verbindung eigener Sachen mit der fremden Sache dann als Verwendung nicht gelten, wenn die verbundenen Sachen nur unwesentliche Bestandteile der Hauptsache geworden oder nur zum Zubehör der fremden Sache gemacht seien. Und dementsprechend ist der größere Teil der heutigen Wissenschaft, soweit sie sich überhaupt mit der Verwendungslehre und besonders mit der Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit, Ungültigkeit oder Gültigkeit dieses von den Motiven aufgestellten Erfordernisses beschäftigt hat, der Ansicht, daß zum Begriff der Verwend-

1) Endemann, Bd. I S. 1082.
2) Ebenso: Dernburg B. R. III, § 122, 2, S. 358.
3) Ders. Ansicht: Morgenroth, S. 8—10.

ung stets eine wesentliche Sachverbindung und ein dadurch hervorgerufener Eigentumsverlust des Verwendenden an der aufgewendeten Sache unbedingt erforderlich sei.

Diese Ansicht, der wir in ihrer Allgemeinheit nicht beitreten, begründen ihre Vertreter schlechthin mit den Worten der Motive: „Die Verbindung eigener Sachen mit der fremden Sache wird als Verwendung dann nicht zu gelten haben, wenn die verbundenen Sachen, wesentliche Bestandteile der Hauptsache nicht geworden und ebensowenig, wenn sie nur zum Zubehör der fremden Sache gemacht sind, weil das Recht des Verwendenden an solchen Sachen beharrt und das Vermögen des Eigentümers nicht vermehrt wird.“ [1]) Eine Unterstützung dieser Ansicht glauben sie zunächst in den §§ 994 ff. zu finden, in denen das B. G. B. das Ersatzrecht des Besitzers regelt. Im § 997 spreche das Gesetz nur von dem Falle der Verbindung, wo es sich um wesentliche Bestandteile handle, wo also ein definitiver Eigentumsverlust eintrete.[2])

Hierzu bemerken wir vorläufig nur, daß die §§ 994 ff. nur vom Ersatz von Verwendungen reden, ohne den Verwendungsbegriff zu definieren, und daß unter diesen Vorschriften § 997 speziell nur eine Art der Geltendmachung des Ersatzanspruches regelt, nämlich das Abtrennungsrecht des Besitzers. Und die Stelle der Motive, auf die die Definition der Verwendung als wesentlicher Bestandteil zurückgeführt wird, gibt ja gar nicht ausdrücklich diese Definition, sondern nur einen Anhaltspunkt zur Begriffsfeststellung. Es heißt nur: „. . . . die Verbindung . . . . wird nicht zu gelten haben, wenn . . . . .“ Die Motive teilen damit bewußtermaßen nicht den sicheren Willen des Gesetzgebers mit, sondern nur einen mutmaßlichen. Es ist damit zugegeben, daß der Begriff auch

1) Bd. III, S. 411.
2) Sachs, S. 9.

anders festgestellt werden kann. Und im Gesetzestext braucht man nur die §§ 994 ff. daraufhin durchzulesen, um zu der Ueberzeugung zu gelangen, daß eine allgemeine Definition nicht gegeben werden sollte. Dann hätte das Gesetz auch bei seinem sonst möglichst befolgten Prinzip der Kürze des Ausdrucks im Gebrauch des Wortes „Verwendung" fortfahren und dasselbe auch in § 997 beim Abtrennungs- und Aneignungsrecht des Besitzers anwenden können.

Wir greifen zur Feststellung des Verwendungsbegriffes auf die zuerst zitierte Stelle der Motive zurück.[1]) Es wird dort das Fehlen einer Legaldefinition damit begründet, „daß der Begriff der Verwendungen der bisherigen Theorie und Praxis völlig geläufig und es nicht zu besorgen sei, daß der Mangel einer Legaldefinition zu irrigen Auffassungen derjenigen Vorschriften führen werde, welche mit diesem Begriffe operieren." Nach Maßgabe dieses Hinweises werden wir versuchen, vom römischen Recht ausgehend, den Verwendungsbegriff in seiner historischen Entwicklung zu verfolgen, ihn sodann vom wirtschaftlichen und rechtlichen Gesichtspunkt aus zu prüfen und auf Grund dieser Untersuchungen eine Definition aufzustellen.

Eine Erklärung des allgemeinen Verwendungsbegriffes findet sich in den Quellen des römischen Rechts nicht. Die Juristen beschäftigen sich mit dem Verwendungsbegriff immer nur bei Untersuchungen über die Arten der Verwendungen. So definiert Paulus:

„Impensae necessariae sunt, quae si factae non sint, res aut peritura aut deterior futura sit."[2])
und Ulpian:

1) III S. 31.
2) l. 79 pr. Dig. L, 16.

„Necessariae hae dicuntur, quae habent in se necessitatem impendendi.“ [1])

Es liegt hiernach also eine Verwendung vor, wenn die Substanz der Sache erhalten und sie gegen gänzlichen Verfall und Verlust oder doch wenigstens gegen Verschlechterung geschützt wird; daß die Art des Erhaltungsmittels und des Schutzes eine solche sein müßte, die eine wesentliche Sachverbindung bedingte, ist nicht zum Ausdruck gebracht.

Weiter sagt die Legaldefinition:

„Impensas utiles esse, quae meliorem rem (dotem) faciant deteriorem esse non sinant.[2])

und:

„Utiles autem impensae sunt, quas maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit.“[3])

Demnach liegt eine Verwendung auch dann vor, wenn die Substanz der Sache verbessert, ihr Ertrag erhöht, der Verkaufswert gesteigert ist, kurz, wenn dem Eigentümer ein positiver pekuniärer Vorteil verschafft wird. Daß diese Wertsteigerung aber nur durch eine besonders innige Sachverbindung herbeigeführt sein muß, wird auch hier nicht verlangt.

Ferner sprechen die Quellen von impensae voluptuariae als solchen, „quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum egent“ [4]) oder solchen, „quibus neque omissis deterior res fierit, neque factis fructuosior effecta est“, oder „quae magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem.“ [5])

Hiernach haben wir also auch eine Verwendung, wenn der Aufwendende die Ausgaben nach seinem indivi-

1) l. 1 § 1 D. XXV, 1.
2) l. 79, § 1 D. L, 16.
3) l. 5, § 3 D. XXV, 1.
4) l. 79, § 2 cit.
5) Ulp. Fragm. VI, § 17.

duellen Behagen als solche gemacht hat, die mehr dem Vergnügen dienen und einen sinnlichen Reiz haben, als den Ertrag der Sache erhöhen. Wie diese Ausgaben aufgewendet werden, davon ist nicht die Rede, geschweige denn, daß eine bestimmte Art einer besonderen Sachverbindung verlangt würde.

Suchen wir aus den einzelnen Definitionen ein Begriffsmerkmal heraus, das allen gemein ist, so finden wir, daß nach römischem Recht zum Begriff der Verwendung eine wesentliche Sachverbindung und ein dadurch bedingtes Untergehen des Sondereigentums an der aufgewendeten Sache nicht erforderlich ist.

Das gleiche Ergebnis werden wir auch auf anderem Wege erhalten.

Wir haben zwei Erscheinungsformen zu unterscheiden, unter denen uns im corpus juris die Verwendungen auf eine Sache entgegentreten.[1])

Die Verwendung kann auf zweierlei Weise vor sich gehen.

Entweder, es tritt an Stelle der Aufwendung ein Aequivalent, d. h. es wird eine direkte Einwirkung auf die Sache herbeigeführt, wodurch der Wert der Sache erhöht wird, — oder es werden Ausgaben gemacht, die nur indirekt auf die Sache einwirken, ohne daß sich eine Wertsteigerung der Sache feststellen läßt.

In beiden Fällen aber ist auch hier als selbstverständliche Voraussetzung für das Vorhandensein einer Verwendung das Charakteristikum derselben zu berücksichtigen, daß durch sie eine Förderung der Sache, ihre Erhaltung oder Verbesserung erstrebt wird. Anderenfalls müßte man auch das Zerstören einer Sache, das ja auch eine direkte Einwirkung auf sie ist, als Verwendung auffassen.

Bei der ersten Gruppe steht die unmittelbare Einwirkung in einer sichtbaren oder unsichtbaren Veränder-

1) Jagemann a. a. O., S. 196; Rudolph S. 8 ff.

ung der Sache selbst. Die Veränderung kann auf die verschiedenste Weise stattfinden. Bei Immobilien durch implantatio und inaedificatio; bei Mobilien durch confusio. commixtio, specificatio. Ferner gehören dazu noch die Fälle, in denen das Aufgewendete sich in die Sachsubstanz umsetzt, z. B. Dressur und Fütterungskosten für ein Tier, Unterrichten eines fremden Sklaven. Jedenfalls muß immer die Verwendung zu der Sache, auf die sie gemacht ist, in einem Verhältnis stehen, das ihre ausschließliche Zugehörigkeit zu derselben erkennen läßt. Diese Beziehung braucht aber nicht so eng zu sein, daß das Sondereigentum an der aufgewendeten Sache untergeht. Um dies zu erkennen, vergegenwärtige man sich den Fall des ruhenden Eigentums, wie ihn l. 38 Dig. VI, 1 zeigt. Die inaedificatio gilt hier als Verwendung. Der Eigentümer verliert sein Eigentum an den eingebauten Materialien nicht, sondern es „ruht“ nur, solange die Sachverbindung währt und lebt im Fall der Trennung wieder auf.[1]) Wenn nun auch wirklich in den meisten Fällen der Verwendungen, die zu dieser Gruppe gehören, die Art der Einwirkung einen Eigentumsverlust an der aufgewendeten Sache bedingt, so ergibt sich doch als Charakteristikum des Verwendungsbegriffs im römischen Recht, daß eine wesentliche Sachverbindung, ein definitives Ausscheiden der aufgewendeten Sache aus dem Vermögen des Aufwendenden nicht erforderlich ist.

In der zweiten Gruppe handelt es sich darum, nur indirekt auf die Sache einzuwirken, ohne daß sie eine Veränderung erfährt. Hier soll nur eine Zerstörung, Verschlechterung, Beschädigung verhütet oder die Sicherheit erhöht werden. Diese Impensen werden fast regelmäßig das Erlöschen des Rechtes des Aufwendenden an dem aufgewendeten Gegenstande zur Folge haben. Dahin gehören zum Beispiel Prozeßkosten,[2]) Vermessungskosten, die Aus-

1) Vgl l. 7 § 10, Dig. 41, 1; Dernburg, Pand. I § 208 Anm. 3.
2) l. 39 pr. Dig. X, 2; l. 27 § 5 Dig. VI, 1.

lobungsprämie für die Ermittlung der gestohlenen Sache,[1]) bezahlte Steuern,[2]) Hypothekenschulden,[3]) Entrichtung der cautio damni infecti im Hinblick auf ein fremdes Grundstück.[4]) Vergegenwärtigen wir uns den wesentlichen Inhalt unserer beiden Untersuchungen, so werden wir als deren Ergebnis den Verwendungsbegriff des römischen Rechts mit Dernburg und unter Hinzufügung des für das Endziel unserer Arbeit wichtigen Zusatzes kurz so definieren:

> „Verwendungen des römischen Rechts sind vermögenswerte Leistungen,[5]) die auf eine Sache gemacht sind, einerlei ob das Eigentum des Aufwendenden an der aufgewendeten Sache fortbesteht oder nicht."

Und so ist der Verwendungsbegriff von der gemeinrechtlichen Lehre übernommen und festgehalten worden. Wenn sich auch mancherlei Verschiedenheiten in der Auffassung zeigten, jedenfalls blieb das Merkmal des Begriffs bestehen, daß die Art der Sachverbindung ohne Bedeutung ist für die Entscheidung der Frage, ob eine Verwendung vorliegt oder nicht.

So haben auch die neueren Kodifikationen keine neue Definition gebracht, sondern offenbar im Vertrauen auf die allgemeine Anerkennung des römisch-rechtlichen Begriffs ihre verschiedenen Ausdrücke für Verwendungen in derselben Bedeutung gebraucht.

Das A. L. R. spricht zwar nicht von Verwendungen, sondern von Verbesserungen (Meliorationen); indem es hierbei die oben als selbstverständlich festgestellte Voraussetzung des Verwendungsbegriffes ausdrücklich anerkennt,

1) Vgl. Heilfron, Sachenrecht, § 30.
2) l. 13 Dig. XXV, 1.
3) l. 65 Dig. VI, 1.
4) l. 1 § 3 Dig. 25, 1. Vgl. Sachs, S. 7.
5) Vgl. Dernburg, a. a. O.

verzichtet es auf eine neue Definition, offenbar weil ihm der Begriff genügend geläufig vorkommt.[1])

Ebenso will das österreichische bürgerl. Gesetzbuch den Ausdruck „Aufwand“ im Sinn des bisherigen Verwendungsbegriffes verstanden wissen.[2])

Im code civil wird nur gelegentlich von der Erstattung der „frais“ gesprochen, ohne eine Definition zu geben; und dementsprechend sagt Troplong, nicht um eine Definition zu geben, die keine wäre, sondern lediglich zur Veranschaulichung: „les impenses sont les sommes, qui ont été dépensées à améliorer l'héritage, les améliorations sont ce qu'il vaut de plus à raison des sommes, qui y ont été employées.“[3])

Nur das Sächsische Gesetzbuch[4]) scheint eine Definition geben zu wollen:

„Unter Verwendungen werden der auf eine Sache gemachte Aufwand und die durch eine Sache veranlaßten Kosten verstanden.“

In Wahrheit ist dies nur eine Beschreibung, aber keine Begriffsaufstellung.

Jedenfalls geht aus alledem nicht hervor, daß man den römisch-rechtlichen Verwendungsbegriff über Bord werfen oder ein wesentliches Merkmal, nämlich die Gleichgültigkeit des Untergangs des Sondereigentums an der aufgewendeten Sache, ausschalten wollte.

Da die Motive[5]) auf die Geläufigkeit des Verwendungsbegriffes bei der bisherigen Theorie und Praxis verweisen, so übernehmen sie an dieser Stelle den bis dahin geltenden Begriff.

Es ist von verschiedenen Seiten auf eine andere Stelle

1) Teil I Titel 7, § 204 ff.
2) § 331.
3) Bd. 3, S. 491.
4) § 77.
5) III, 31.

der Motive[1]) als Grundlage für die Definition des Verwendungsbegriffes verwiesen worden. Und diese Stelle widerspricht insofern dem von den Motiven Bd. 3 S. 31 aufgenommenen Verwendungsbegriff des bisherigen Rechts als sie immer ein dauerndes Untergehen des Sondereigentums fordert.

Daß diese Stelle der Motive Bd. 3 S. 411 nicht ausschlaggebend sein kann, daß vielmehr die Entwürfe des B. G. B. wie das Gesetz selbst an der bisherigen Verwendungslehre in der Hauptsache festgehalten wissen wollen, werden wir zeigen, indem wir die Entwicklung des Verwendungsbegriffes und Hand in Hand damit den Begriff der Einrichtung in den Vorarbeiten verfolgen.

Die Motive verweisen auf den Verwendungsbegriff des bisherigen Rechts. Daß die damit ausgesprochene Ansicht in dem E. I selbst die vorherrschende ist, erkennen wir aus verschiedenen Vorschriften desselben.

So lautet § 936 Abs. 3:

> „Besteht die Verwendung darin, daß mit der herauszugebenden Sache eine andere Sache als wesentlicher Bestandteil verbunden ist, und erhält der Besitzer oder der Inhaber von dem Eigentümer nicht mindestens den Wert ersetzt, welchen die andere Sache nach der Trennung haben würde, so ist er berechtigt, diese andere Sache wegzunehmen; er hat jedoch die herauszugebende Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand zu setzen."

Danach kennt der E. I auch solche Verwendungen, die nicht wesentliche Bestandteile sind; denn nachdem im Abs. 1 ganz allgemein der Ausdruck Verwendungen gebraucht ist, wird in Abs. 3 ein besonderer Fall der Verwendung angenommen, nämlich der Fall, bei dem mit der

1) III, 411.

herauszugebenden Sache eine andere als wesentlicher Bestandteil verbunden ist.

Diese Vorschrift ist abgesehen von redaktionellen Aenderungen in dem E. II. unverändert übergegangen.

§ 435 E. II. bestimmt:

> „Der Wiederverkäufer kann für Verwendungen, die er auf den Kaufgegenstand vor dem Wiederkaufe gemacht hat, insoweit Ersatz verlangen, als der Wert des Gegenstandes durch die Verwendungen erhöht ist.
>
> Hat der Wiederverkäufer mit der herauszugebenden Sache eine andere verbunden, und erhält er nicht mindestens den Wert ersetzt, welchen diese Sache nach der Trennung haben würde, so ist er berechtigt, sie hinwegzunehmen."

Nachdem also in Abs. 1 allgemein von Verwendungen die Rede ist, spricht Abs. 2 von einer Sache, mit der der Wiederverkäufer eine andere verbunden hat. Es ist aber nicht verlangt, daß er sie als wesentlichen Bestandteil verbunden hat. Es läßt sich aus Abfassung und Inhalt des Absatz 1 auch nicht die Ansicht rechtfertigen, daß eine wesentliche Sachverbindung gemeint sein sollte.

Das gleiche trifft für den Begriff der Einrichtung zu.

Wie der E. I in § 514 von „einer durch eine Verwendung entstandenen Einrichtung" spricht, ohne daß der Begriff an irgend einer der Motive seine Erläuterung fände, so verweist die Wissenschaft demgemäß den Begriff in das Verwendungsgebiet; aber in ihrer Mehrheit verlangt sie, daß der Gegenstand der Einrichtung, mit der die Hauptsache versehen wurde, zum wesentlichen Bestandteil der Hauptsache geworden sein muß.

Daß dies ebensowenig der Fall sein muß, wie bei einer Verwendung, daß es aber ebensogut der Fall sein kann, wie bei dieser, werden wir sehen. Ganz abgesehen davon, daß der E. I von einer „durch eine Verwendung entstandenen

Einrichtung“ redet, und daß dieser Begriff des E. I in dem weiteren Gesetzeswerk übernommen ist, daß ferner m. E. der Verwendungsbegriff des früheren Rechts nicht ausgeschaltet werden sollte, und schon deshalb der Begriff der Einrichtung eine wesentliche Sachverbindung nicht erfordert, aber auch nicht ausschließt, fragen wir: weshalb gibt das B. G. B. das Abtrennungsrecht in § 997 nur bei wesentlichen Bestandteilen, während es in §§ 500, 547, 601 u. s. w. von Einrichtung redet? Wenn es hier unter Einrichtung auch nur wesentliche Bestandteile verstanden wissen wollte, so würde es statt Einrichtung doch viel einfacher den schon von früher (§§ 93—95) bekannten Begriff „wesentlich Bestandteile“ haben setzen können. Es würde dies m. E. bei seinem eifrigen Bestreben nach Kürze und Einfachheit des Ausdrucks und in der Absicht, Irrtümern und Mißverständnissen vorzubeugen, auch getan haben.

Und daß das Gesetz unter „Einrichtung“ nicht ausschließlich einen wesentlichen Bestandteil verstanden wissen will, ergibt sich auch aus den Vorarbeiten zum Gesetz. Zwar erklären die Motive [1]) als Verwendung „alle Geschäfte, deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten zu Gute kommt“ und erfordern demgemäß, wie schon bemerkt, daß die aufgewendete Sache aus dem Vermögen des Aufwendenden ausscheidet, was eben meistens dadurch vor sich geht, daß sie wesentlicher Bestandteil wird. Weiter liegt dem I. Entw. unzweideutig die Auffassung zugrunde, daß Einrichtung eine Art Verwendung sei. Dieser erste Entw. ist zwar von der ersten und zweiten Kommission als Vorbild der übrigen Bestimmungen über die Wegnahme einer Einrichtung behandelt worden. Aber man gab keine Auslegung des Verwendungsbegriffes, wie dies schon der E. I aus den Gründen der Motive nicht getan hatte. Auch dies beweist, daß der E. I den bisher gebräuchlichen und

1) III, 30, 411.

anerkannten Begriff der Verwendung und der Einrichtung beibehalten wollte.

Besonders dafür spricht auch die Entstehungsgeschichte des E. II. Nach dem Tode des Redaktors der Schuldverhältnisse des E. I legte die Kommission für die fehlenden Teile den Dresdener Entwurf zu Grunde. Dieser beruht auf dem Sächsischen Gesetzbuch und versteht unter Verwendung dasselbe wie dieses. Und § 77 Satz 1 des Sächs. Gesetzbuches bestimmt:

> „Unter Verwendungen werden der auf eine Sache gemachte Aufwand und die durch eine Sache veranlaßten Ausgaben begriffen."

und ferner § 316:

> „der Beklagte hat . . . . . nur das Recht, das, was durch Verwendung hervorgebracht wurde, auf eigene Kosten von der Sache wegzunehmen. Der Eigentümer kann die Wegnahme abwenden, wenn er den Wert erstattet, den die Einrichtung, im Falle sie weggenommen wäre, gehabt haben würde."

Es ergibt sich also die Erläuterung des Begriffes der Einrichtung als des Ergebnisses einer Verwendung, die zu irgend einer Sachverbindung geführt hat.

Das gleiche Resultat erhalten wir aus § 1201 Sächs. Gesetzbuch, der dem Pächter oder Mieter wegen der nicht notwendigen, sowie derjenigen nützlichen Verwendungen, durch die die Sache nicht dauernd verbessert ist, das Wegnahmerecht gibt.

Unterstützt wird diese unsere Auffassung ferner durch den hessischen Entwurf Tit. 109 Art. 2 verbunden mit Tit. 4 Art. 29 und durch den bayerischen Entwurf Art. 418 Abs. 3, die ganz ähnliche Bestimmungen treffen. Auch in der Literatur finden wir unsere Ansicht gerechtfertigt durch Klein[1]) und Baring.[2])

1) Jur. Wochenschr. 1902 S. 646.
2) Sächs. Arch. Bd. 14 S. 459 ff.

Nach dem letzteren ist eine unmittelbare Verwendung dann vorhanden, wenn eine Sache als wesentlicher Bestandteil mit einer anderen verbunden wird. Dies ist die Verwendung im engeren Sinne, die das B. G. B. kurzweg mit „Verwendung“ bezeichnet, mit der aber der Begriff „Einrichtung“ nichts zu tun hat.

Außer dieser Art der Verwendung kann auch eine Sache auf eine andere verwendet werden, ohne daß sie deren wesentlicher Bestandteil wird. Ja, es können sogar unwesentlich verbundene Sachen nach Baring zum Nutzen der Hauptsache gebraucht werden. Und zwar können sie so ausschließlich die Bestimmung haben, zur Erhaltung, Verbesserung, Schmückung der Hauptsache zu dienen, daß dem Besitzer oder auch schlechtweg jedem die Möglichkeit einer sonstigen angemessenen Verwertung fehlt. Und in diesem Falle liegt eine Verwendung nicht weniger vor als bei einer wesentlichen Verbindung.[1]) Aber — und das ist der Unterschied — hier haben wir den ganz anderen viel umfassenderen Begriff der Verwendung im weiteren Sinn. Und unter diesen umfassenderen Begriff „Verwendung im weiteren Sinn“ ist auch der Begriff der „Einrichtung“ zu bringen.

Nach alledem präzisieren wir unsere auf Grund vorstehender Untersuchungen gewonnene Ansicht so: Zum Begriff der „Verwendung“ des B. G. B. ist eine wesentliche Sachverbindung des aufgewendeten Gegenstandes mit der Hauptsache nicht erforderlich, wohl aber möglich und tatsächlich in den meisten Fällen vorhanden. Je nachdem die aufgewendete Sache zum wesentlichen Bestandteil der Hauptsache geworden ist oder nicht, unterscheiden wir zwischen „Verwendung im engeren“ und „Verwendung im weiteren Sinn.“ Und nur auf die Verwendung im engeren Sinn ist die Erklärung der Motive III S. 411 berechnet.

1) Vgl. Baring a. a. O.

Sie ist dagegen nicht als ausschlaggebend anzusehen für den Begriff der Verwendung im weiteren Sinn, sondern als dieser ist der Verwendungsbegriff des früheren Rechts, der Begriff der Motive III S. 31, beibehalten.

Und so definieren wir den allgemeinen Verwendungsbegriff mit Baring:

> „Verwendungen sind solche Aufwendungen, die nach der Auffassung des Aufwendenden zum Zwecke der physischen Erhaltung einer Sache oder zur Verbesserung ihrer Beschaffenheit gemacht werden", indem wir hinzusetzen: „einerlei, ob eine wesentliche Sachverbindung herbeigeführt ist oder nicht."

Und die Einrichtung ist im Begriffsverhältnis der Verwendung im engeren Sinn nebengeordnet und steht mit ihr in keinem Zusammenhang. Der Verwendung im weiteren Sinn dagegen ist sie untergeordnet. Sie kann demnach mit der Hauptsache durch wesentliche und durch unwesentliche Sachverbindung verbunden sein. „Die Einrichtung ist also eine Verwendung, aber nicht jede Verwendung ist eine Einrichtung".[1])

Wie man in der zweiten Kommission die Einrichtung als Ergebnis einer Verwendung bezeichnete, so definieren wir jetzt:

> „Eine Einrichtung ist das Ergebnis einer solchen Verwendung, die nach der Auffassung des Aufwendenden zum Zwecke der physischen Erhaltung einer Sache oder zur Verbesserung ihrer Beschaffenheit gemacht ist, ohne Rücksicht auf die Art der Sachverbindung." [2])

So erhalten wir als Ergebnis unserer bisherigen Untersuchung zugleich mit den vorstehend festgelegten Grund-

---

1) Schollmeyer zu § 258 S. 51/52.

2) Vgl. Neumann Jahrb. d. D. R. I zu § 258. Schollmeyer S. 52/53 Anm. 2.

sätzen und Definitionen folgendes Begriffsverhältnis, wie es Kuhlenbeck[1]) anschaulich darstellt:

Aufwendungen

Aufwendungen i. eng. Sinn. Verwendungen i. weit. Sinn.

Einrichtung. Verwendung i. eng. Sinn.

1) In Staudingers Komm. Allg. Teil der Schuldv. (1906) § 258.

Zweiter Teil:

Das Recht, eine Einrichtung wegzunehmen.

A. Historischer Teil: Die Entwicklung des Wegnahmerechts.

§ 4.

I. Das jus tollendi des corpus juris und des gemeinen Rechts.

Im corpus juris wird an vielen Stellen auf das jus tollendi hingewiesen.[1])

Sämtliche Entscheidungen der Digesten, die davon handeln, reden von einer Wiederabtrennung. Daraus sieht man, daß alle Entscheidungen von der Annahme eines Zustandes ausgehen, der früher anders war. Anders insofern als die abzutrennende Sache noch nicht mit ihm verbunden war. Sonst könnte nicht von einer Wiederabtrennung gesprochen werden.

Und zweitens sehen alle Entscheidungen in dem jus tollendi ein Entschädigungsmittel für die Vermögensnachteile, die dem früheren Besitzer der hinzugefügten und jetzt wieder wegzunehmenden Sache erwachsen sind.

Wollen wir nun sehen, was im römischen Recht Gegenstand des Wegnahmerechts sein konnte, so müssen wir zunächst feststellen, welche Einflüsse die Verbindung auf das Eigentum hatte.

Dazu schicken wir als logische Grundsätze, wie sie damals und heute gelten, voraus, daß von einer Sache nur

1) l. 39 § 1 D. V, 3; l. 27 § 5 D. VI, 1, l. 37/38 eodem; l. 5 C. III, 32; l. 3 § 4 D. XV, 3; l. 19, § 4 D. XIX, 2; l. 9 D. XXV, 1.

das wieder hinweggenommen werden kann, was vorher nicht mit ihr verbunden war; und zweitens, daß das, was hinzugefügt worden ist, auch noch sinnlich wahrnehmbar vorhanden sein muß.

Dies letztere liegt nicht vor in den Fällen, in denen die Verwendung lediglich in Uebertragung von Kenntnissen, Fähigkeiten, geistigem Eigentum, oder im Aufwand von Arbeit und Geld besteht. Der, welcher einen fremden Sklaven unterrichtet, kann sich hierfür nicht durch Wegnahme des Sklaven entschädigen.[1]) Und derjenige, der durch seiner Hände Arbeit dem andern geholfen hat, etwas zu bauen, kann das Werk nicht für sich nehmen, um sich schadlos zu halten.

Vielmehr können nur die Verwendungen weggenommen werden, die ein körperlicher Zuwachs der fremden Sache durch die Verbindung geworden sind.

Während nun das B. G. B. beim Abtrennungsrecht des § 997 — und nur des § 997 — von der Abtrennung einer mit einer anderen Sache als wesentlicher Bestandteil verbundenen Sache redet, machen die Römer nur die allgemeine Einschränkung: „si modo recipiant separationem: ceterum, si non recipiant, sunt relinquendae.“[2])

Zunächst beweist das „sunt relinquendae“, daß nur an Sachverwendungen gedacht ist, bei denen ja dann keine Trennung, kein Wegnahmerecht, möglich ist, wenn sie ganz in der Substanz der fremden Sache aufgegangen sind. (Arznei; Düngung eines Ackers.)

Dem gleichgestellt sind die Fälle „si non recipiant“, d. h. die Fälle, in denen eine sinnlich wahrnehmbare Verbindung nicht stattgefunden hat, bei denen aber der Erfolg der Verbindung war ein „corpus, quod continetur uno spiritu“,[3]) was das gemeine Recht eine res unita nennt.

1) l. 27 § 5 D. VI, 1.
2) l. 9 D. XXV, 1.
3) l. 30 pr. D. XXXXI, 3.

So war ein tollere wohl ausgeschlossen bei den Pflanzen, die durch Aussaat oder Einpflanzung mit dem fremden Boden verbunden waren: „si fundi possessor eum excoluisset sevissetve et postea fundus evincatur, consita tollere non potest.“ [1]) In Gegensatz zu dieser stellen die Römer diejenige Verbindung, bei der die Sachen auch nach der Verbindung als verbunden, als unterscheidbar sinnlich warnehmbar blieben, bei der sie eine „universitas rerum cohaerentium“, ein „corpus ex contingentibus“ bildeten.

Durch welche Verbindung wurde nun ein solches „corpus quod continetur uno spiritu“, durch welche ein „corpus ex contingentibus“ geschaffen?

Das erste geschah durch implantatio und ferruminatio. Hier ging das Eigentum an der verwendeten Sache völlig unter.[2]) Das corpus ex contingentibus dagegen wurde geschaffen durch inädificatio oder adplumbatio. Hier wurde das alte Eigentum mit der Trennung wieder belebt — im Gegensatz zum vorgehenden Fall — und konnte wieder geltend gemacht werden.[3])

a) Gegenstand des jus tollendi.

Untersuchen wir nach Feststellung der allgemeinen Gesichtspunkte, was als Gegenstand eines jus tollendi in den Quellen hauptsächlich erwähnt wird, so können wir zwei Hauptgruppen unterscheiden:

1. Gebäude, die auf fremdem Grund und Boden errichtet sind: insula in aliena aera aedificata;[4]) diaeta in hortis uxoris,[5]) und

2. Sachen, die in ein fremdes Gebäude eingefügt sind, zur Erhöhung seiner Brauchbarkeit oder zur Verschönerung: impensae utiles in domum;[6]) ostium

1) l. 53, D. VI, 1.
2) Dernburg, Pand. I, § 209, Anm. 7.
3) l. 26 § 1 D. XXXXI, 1; l. 7 § 10 eod.; l. 23 § 5 D. VI, 1.
4) l. 27, § 5, l. 37, l. 38, D. VI, 1.
5) l. 43, § 1 D. XXI.
6) l. 5. C. III, 32.

vel quaedam alia aedificio adiecta;[1] sumptus voluptatis causa in aedificium facti:[2] servus exornavit domum dominicam tectoriis vel quibusdam aliis.[3]

An anderen Stellen findet man Gegenstände des Wegnahmerechts allgemein bezeichnet. L. 39 D. V, 3 gibt ein jus tollendi auf picturarum, marmorum et ceterarum voluptariarum rerum impensae, die auf eine Erbschaftssache gemacht sind. Dem maritus, der impensa voluptuaria auf Dotalgegenstände gemacht hat, wird die deductio operis, quod fecit, gestattet,[4] und die Wegnahme des ornatus, quem posuit.[5]

Wir ziehen nun alle Stellen des corpus juris, die ein jus tollendi gewähren, heran und scheiden sie nach ihrem Tatbestand in zwei Gruppen.

Erste Gruppe: l. 37, 38, l. 27, § 5, D. VI, 1; l. 39, § 1, D. V, 1; l. 19 § 4 D. XIX, 2; l. 43 § 1 D. XXX; l. 32 § 5 D. XXVI, 7; l. 53 D. VI, 1; l. 1 § 5 C. V, 13.

Zweite Gruppe: l. 9 D. XXV, 1; l. 5 C. III, 32; l. un. § 5 C. V, 13. l. 39, § 1 D. V, 3; l. 3 § 4 D. XV, 3.

Der Tatbestand der ersten Gruppe ist stets eine erfolgte inaedificatio. Kraft positiven Rechtssatzes geht das Eigentum des Verwenders an der eingefügten Sache unter, während gleichzeitig die Sache, in die eingebaut ist, in ihrem Werte gesteigert wird. Hier hat der Verwender nur unter gewissen Voraussetzungen die Erlaubnis, seine eingebauten Sachen wieder abzureißen (tollere). Und zwar liegen diese Voraussetzungen einmal in dem Innehabungsverhältnis der Sache seitens des Verwenders, sodann in der Art der Verwendung und der Absicht des Aufwendenden, ob die impensae als necessariae oder als utiles oder als voluptuariae gemacht sind.

1) l. 19, § 4, D. XIX, 2.
2) l. 32, § 5 D. XXVI, 7.
3) l. 3 § 4 D. XV, 3.
4) l. 1 § 5 f. C. V, 13.
5) l. 9 D. XXV, 1.

Beim Tatbestand der zweiten Gruppe handelt es sich nicht um eine inaedificatio. Hier wird lediglich eine Verwendung gefordert, die je nach dem Innehabungsverhältnis verschieden sein kann, so daß ganz einerlei, wie die Verwendung erfolgt ist, schon die bloße Tatsache einer überhaupt erfolgten Verwendung das jus tollendi gibt.

Daraus erhellt, daß die zweite Gruppe umfassender ist, als die erste, daß also die erste der zweiten untergeordnet ist.[1])

Beide Gruppen haben das gemein, daß nach ihnen diejenigen Gegenstände weggenommen werden können, die durch irgendeine Verbindung Teile einer zusammengesetzten Sache geworden sind.

Es fragt sich nun, ob die Verbindung immer eine derartige sein muß, daß die hinzugefügte Sache dem Machtbereich des Verwenders fortan entzogen wird, oder ob sie auch auf Grund der Art der Verbindung und der Absicht des Verwendenden in seiner Machtssphäre bleiben kann.

Betreffs der typischen Verbindung der ersten Gruppe, der inaedificatio, ist ohne weiteres festzustellen, daß die eingebaute, eingefügte Sache, deren Bestimmung es ist, in der Hauptsache zu bleiben, nicht von ihr losgelöst zu werden, kraft des zwingenden Rechtssatzes „superficies solo cedit“[2]) der Verfügung des Verwenders entzogen wird und fortan das rechtliche Schicksal der Hauptsache teilt.[3])

Die Verbindung der zweiten Gruppe kann nun je nach dem Innehabungsverhältnis verschieden sein. Verschieden muß deshalb auch die rechtliche Wirkung sein.

Es ist möglich und wird sogar oft vorkommen, daß hier, auch wenn keine inaedificatio vorliegt, die verwen-

1) Vgl. oben Verwendung im weit. Sinn und Einrichtung.

2) Pernice, S. 381; Girard, S. 328.

3) Pernice, S. 381; Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 26, S. 47 ff.

dete Sache trotzdem kraft der Art ihrer Verbindung der Machtbefugnis des Verwenders entzogen wird. Keineswegs aber darf dies als Regel aufgestellt werden; vielmehr ist, wie wir oben gesehen haben, die erste Gruppe gerade ein Spezialbestand der zweiten. Und daß die Verbindungen der größeren Gruppe alle rechtlich dasselbe Schicksal haben sollten, wie die, bei denen es sich immer um denselben Tatbestand, nämlich immer um eine inaedificatio handelt, widerspricht der auf Grund der angeführten Quellen gemachten, logisch wohl einwandfreien Gruppierung. Es widerspricht ferner dem Inhalt der Quellen zum Teil selbst, und der feststehenden Tatsache, daß Jemand seine eigene Sache mit einer fremden verbinden kann, auch ohne daß sie seiner Machtbefugnis entzogen worden wäre.

Wir stellen also fest, daß die Art der Verbindung verschieden sein kann; daß durch sie die verwendete Sache der Verfügung des Verwenders entzogen werden kann, aber nicht entzogen werden muß.

Es bleibt uns jetzt noch übrig, zu untersuchen, ob die Verwendung einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck gehabt haben muß oder nicht. Wir müssen hierbei auf die oben schon angeführten Quellenstellen zurückgreifen. In Betracht kommen:

1) l. 9 D. XXV, 1; l. 3 § 4 D. XV, 3; l. 32, § 5 D. XXVI, 7; l. 39, § 1 D. V, 3; l. 5 f. C. V, 13. und

2) l. 5 C. III, 32.

In allen ist ein jus tollendi ausdrücklich gegeben. Befremdend aber ist, dass es sich bei den ad 1) angeführten Stellen nur um impensae voluptuariae, bei den ad 2) angeführten nur um impensae utiles handelt. Nirgends lässt sich dagegen ein Quellenbeleg finden, der das jus tollendi auch bei impensae necessariae gibt. Auch diejenigen Verwendungen, die nach ihrer Art nicht bezeichnet sind und bei denen ein jus tollendi gegeben wird,

lassen sich nicht als impensae necessariae qualifizieren. Dass tatsächlich bei impensae necessariae ein jus tollendi nicht gegeben war, geht aus den von uns hier vorweggenommenen Grundsätzen hervor, nach denen ein jus tollendi nur als subsidiäres Rechtsmittel da gegeben wurde, wo kein Ersatzanspruch bestand, dass aber für notwendige Verwendungen der Verwender stets einen solchen Ersatzanspruch hatte. Wir stellen demnach fest:

> Gegenstand eines jus tollendi sind nach römischem Recht sich nicht als notwendige Verwendungen darstellende Bestandteile einer zusammengesetzten Sache, die früher von ihr getrennt waren, einerlei, ob sie durch die Verbindung der Verfügung des Verwenders entzogen sind oder nicht.

b) Die Person des Wegnahmeberechtigten.

A priori ist zu sagen, dass der Sklave ein jus tollendi nicht hat, weil er überhaupt kein Subjekt von Rechten sein kann.

Um festzustellen, welche Voraussetzungen in einer Person vorhanden sein müssen, um ein jus tollendi zu haben, werden wir wieder die einzelnen Quellenstellen heranziehen und vergleichen.

Es ist ein jus tollendi gegeben in

l. 37, 38, D. VI, 1; l. 5. C. III, 32; l. 39, § 1 D. V, 3: dem bonae und malae fidei possessor und dem bösgläubigen Erbschaftsbesitzer;

l. 9 D. XXV, 1; l. 43, § 1; D. XXX; l. 1 § 5f. C. V, 13: dem Ehemann bezügl. der Dotalgegenstände;

l. 32 § 5 D. XXVI, 7: dem Käufer, der nach erfolgter in integrum restitutio die Kaufsache dem Verkäufer zurückgewähren muss;

l. 19 § 4 D. XIX, 2: dem Mieter und Pächter;

l. 3 § 4 D. XV, 3: dem creditor, dessen Geld der Sklave zur Ausschmückung der Wohnung des Herrn verwendet hat.

In l. 15 pr. D. VII, 1 wird dem Nießbraucher das jus tollendi wegen impensae utiles versagt; hieraus ist per argumentum e contrario zu schliessen, dass es ihm wegen impensae voluptuariae zustehen soll.

Um zunächst auf die dem malae fidei possessor ein jus tollendi gewährende Stelle l. 5 C. III, 32 zu kommen, so steht mit dieser eine andere im Widerspruch. Es wird von Gaius in l. 7, § 12 D. XXXXI, 1 und in § 30 Inst. II, 1 demjenigen, der wissentlich auf ein fremdes Grundstück einbaute, jedes Recht, sogar die Vindication des Baumaterials nach Zerstörung des Gebäudes abgeschnitten. Damit ist auch jedes jus tollendi verweigert. Zu diesem Resultat kommt der Jurist auf Grund der Fiktion, dass der Einbauende freiwillig sein Eigentum aufgegeben habe.

Auf die verschiedenste Art hat man schon den Widerspruch dieser Stellen aufzuhellen versucht.[1])

Windscheid ist der Ansicht, dass beide Stellen sich gegenseitig aufheben. Pernice erklärt den Widerspruch der Quellen damit, dass er annimmt, das jus tollendi sei erst später durch die Compilatoren in die Pandekten hineingebracht worden; dabei hätten sie aber die Gaiusstelle im Titel über den Eigentumserwerb übersehen. Er erblickt deshalb in dem Schlusssatz des Frg. 37: „sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium, quod posuit" eine Interpolation; während l. 5 C. III, 32 keine Stelle aus einem „klassischen Titel" sei. Mit ihm vermutet auch Schmidt, dass die Compilatoren Justinians vielleicht bei jeder bewusst vorgenommenen

1) Windscheid I S. 865 Nr. 21; Vangerow S. 634 Anm. 1; Pernice, 2. Bd., 1. Abt., S. 385ff, S. 390; Sell S. 315; Schmidt, Handb. I, § 10, Nr. 67.

inaedificatio auf fremden Boden mit der Annahme eines animus donandi operiert haben. Wir verstehen deshalb die betreffende Gaiusstelle in dem Sinne, dass dem bösgläubig Einbauenden die Vindikationsbefugnis nach Zerstörung des Gebäudes nur dann zusteht, wenn er den positiven Mangel des animus donandi nachweisen kann.[1]) Zusammen mit der herrschenden Lehre entscheiden wir den Widerspruch zu Gunsten der Stelle l. 5 C. III, 32 umsomehr als mehrere andere Quellenstellen die Ansicht dieser Codexbestimmung ebenfalls vertreten und diese Stellen[2]) geben dem malae fidei possessor ausdrücklich das jus tollendi für impensae utiles. Berücksichtigen wir noch, dass diese Stellen Titeln entnommen sind, die von der rei vindicatio handeln, und dass ein innerer Grund für eine gänzliche Bloßstellung des malae fidei possessor fehlt, da ihm ja schon ein positives Ersatzrecht verweigert ist, so kommen wir zu der Ueberzeugung, dass auch er im römischen Recht das jus tollendi bei impensae utiles gehabt hat.

Wie steht es nun mit dem jus tollendi des Besitzers bei impensae voluptuariae? Eine Ersätzpflicht des Eigentümers gibt es hierfür nicht. Daß der bonae fidei possessor das jus tollendi in diesem Falle hat, ist allgemein zugegeben. Aber der malae fidei possessor? Es wird in l. 5 C. III, 32 dem malae fidei possessor der Ersatz der impensae necessariae und das jus tollendi für impensae utiles ausdrücklich zugesprochen, während von dem impensae voluptuariae gar nichts gesagt ist. Dagegen wird ihm bei der heredidatis petitio das jus tollendi auch für impensae voluptuariae besonders zugestanden. Und wenn auch hier die Stellung des Beklagten eine andere ist als bei der Vindication, so wollen wir doch mangels widersprechender Quellenstellen mit der herrschenden Meinung ein jus

1) Ebenso Sachs, S. 78.
2) cf. l. 37 D. VI, 1.

tollendi des malae fidei possessor auch für impensae voluptuariae annehmen. Wir kommen somit mit Dernburg,[1]) Sell,[2]) Fabricius,[3]) Ledermann,[4]) zu dem Schluß, daß im Justianischen Recht jeder Besitzer das jus tollendi für alle trennbaren Verwendungen hat, für die keine Ersatzpflicht des Eigentümers besteht.

Sehen wir uns nun die vom corpus juris genannten anderen wegnahmeberechtigten Personen an.

Sie alle außer dem creditor sind, als sie die Verwendung machten, im Besitz der Hauptsache gewesen. Ferner mußten sie, um ein jus tollendi zu haben, die Verwendung aus ihrem Vermögen machen. Sie mußten Eigentümer der hinzugefügten Sache gewesen sein. Dies ist aus den Schlußworten der l. 9 D. XXV, 1 zu entnehmen: „ita enim permittendum est marito auferre ornatum quem posuit, si futurum est eius quod abstulit.“ Also nur unter der Bedingung soll dem Gatten erlaubt sein, die von ihm gemachte Verzierung wegzunehmen, wenn das Weggenommene ihm gehören wird. Und gehören wird die weggenommene Verwendung nur dann dem Wegnehmenden, wenn dieser vor der Verbindung Eigentümer war. Denn durch die Trennung werden nach römischem Recht die alten Eigentumsverhältnisse ipso jure wiederhergestellt.

Was den creditor anlangt, so hat er ein jus tollendi, obwohl er weder Innehaber war, noch die Verwendung gemacht hat. Es wird aber hier der Sklave bei Beurteilung der rechtlichen Beziehung zwischen creditor und Eigentümer ganz fallen gelassen und der Fall so behandelt, als ob der creditor selbst die Verwendung gemacht habe.

Somit kommen wir zu dem Ergebnis, daß drei Momente zusammentreffen müssen, um die Person des Wegnahmeberechtigten des römischen Rechts zu bestimmen:

1) Pand. § 227, S. 145.
2) S. 341 ff.
3) S. 97.
4) S. 54.

1. die Tätigkeit des Verwendens,
2. die Verwendung muß aus dem Vermögen des Verwendenden heraus gemacht sein, ohne daß sie jedoch Eigentum des anderen geworden sein muß,
3. die Innehabung der Hauptsache zurzeit der Verwendung.

c) Die Voraussetzungen der Ausübung des jus tollendi.

Zur Ausübung des jus tollendi ist eine selbstverständliche allgemeine Voraussetzung erforderlich. Der Gegenstand des jus tollendi muß trennbar sein: „ceterum si non recipiant separationem, relinquendae sunt.“ [1])

Von den besonderen Bedingungen der Ausübung gilt als erste, daß die Trennung der Verwendung nicht zu einer Wertminderung der Hauptsache führt. Es ist nicht genügend, daß die Trennung physisch möglich ist. Es kommt noch hinzu, daß durch die Trennung der Zustand der Hauptsache nicht verschlechtert werden und diese weder zerstört noch verletzt werden soll. Diese Ansicht vertreten Celsus[2]): „sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quae possis, dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum“ und Ulpian[3]): „sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium quod posuit.“ Und in l. 5 C. III, 32 heißt es: „sine laesione prioris status rei eos auferre licentia eius permittitur.“ [4])

Man darf nun alle diese Stellen nicht nach ihrem strengen Wortlaut verstehen. Die Juristen wollen nicht schon dann das jus tollendi verweigern, wenn durch die

---

1) l. 9 D. XXV, 1.
2) l. 38 D. VI, 1.
3) l. 37 i. f. D. VI, 1.
4) l. 39 i. f. D. V, 3; l. 32 § 5 D. XXVI, 7; l. 3, § 4 D. XV, 3; l. un. § 5 D. V, 13; l. 10 § 10 D. XVII, 1; l. 43, § 1 D. XXX.

Trennung überhaupt eine Verletzung der Hauptsache herbeigeführt wird. Vielmehr muß man, da bei der Trennung eine mehr oder minder große Beschädigung der Hauptsache naturgemäß ist und sich nur in wenigen Fällen vermeiden lassen wird, die Worte der Juristen sinngemäß dahin ergänzen, daß die Beschädigung der Hauptsache keine dauernde sein darf, sondern nach der Trennung wieder ausgeglichen werden kann, und daß die Verpflichtung, den bei der Trennung entstandenen Schaden wieder auszubessern, den Wegnehmenden trifft. Für diese unsere Ansicht spricht Ulpian an einer anderen Stelle: „. . . . ei tollere liceat, sic tamen, ut damni infecti caveat, ne in aliquo dum aufert deteriorem causam aedium faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat.“ [1])

Ferner muß die Wegnahme stets auf Kosten des Verwenders geschehen. Ausdrücklich betont das der Jurist nicht. Es ist jedoch daraus, daß er nur erlaubt, die Impensen entweder selbst wegzunehmen oder wegnehmen zu lassen, die stillschweigende Verpflichtung zu entnehmen, daß dies auf seine Kosten geschehen soll.

Drittens ist Voraussetzung der Ausübung des jus tollendi, daß der Eigentümer nicht bereit oder nicht in der Lage ist, dem Verwender soviel zu vergüten, als die Verwendungen nach ihrer Trennung von der Hauptsache wert sind. Ersetzt der Eigentümer diesen Wert dem Berechtigten, so kann er damit die Ausübung des jus tollendi abwenden. So Celsus [2]): „constituimus vero, ut si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei testas.“

Schließlich ist Voraussetzung, daß dem Berechtigten durch die Wegnahme ein rechtlich anerkannter Nutzen erwächst. Er darf nicht bloß in der Absicht, den Eigentümer zu schädigen, zu chikanieren, die Wegnahme vor-

1) l. 19 § 4 D. XIX, 2; ebenso Sell, S. 328.
2) l. 38 D. VI, 1.

nehmen: „neque maliciis indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias.“ (Celsus.)[1]) Es soll die Verwendung, die weggenommen wird, dem Berechtigten einen wirklichen Vorteil bringen.[2]) Dieses Verbot der Chikane ist zum Schutze des Eigentümers notwendig und befremdet umsoweniger, als es einen allgemeinen Grundsatz des römischen Rechts bildet.[3])

Bei dem Vorliegen einer Schenkungsabsicht des Verwenders hat man dem malae fidei possessor kein jus tollendi gewähren wollen, und zwar auf Grund von § 30 Inst. II, 1:

„Ex diverso si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cuius et solum est. Sed hoc casu materiae dominus proprietatem eius omittit, quia voluntate eius alienata intelligitur, utique si non ignorabat in alieno solo se aedificare: et ideo, licet diruta sit domus, vindicare materiam non possit. Certe illud constat, si in possessione constituto aedificatore soli dominus petat domum suam esse nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonae fidei possessor fuit, qui aedificasset: nam scienti alienum esse solum potest culpa opici, quod temere aedificaverit in eo solo, quod intellegeret, alienum esse.“

Dem widersprechen aber l. 37 D. VI, 1[4]) und l. 2 § 1 C. III, 32. Hier heisst es:

---

1) eodem.

2) l. 9. i. f. D. XXV, 1.

3) Vgl. dazu: l. 1 § 12 D. XXXIX, 3; l. 2 § 9 eod.; l. 3 pr. D. L, 10; Nov. 63; l. 2, § 1 i. med. C. IV, 27: „neque enim malignitati indulgendum est;“ cap. 5 in VI de electionibus I, 6: „cum itaque non sit malitiis hominum indulgendum.“

Derselben Ansicht: Gesterding § 3 S. 18; Vangerow I § 297, Anm. 2 S. 544; Dernburg, Pand. Bd. I § 41 Anm. 8 u. 9 S. 93;

Anderer Ansicht: Schweppe I § 146; Schmidt, Handbuch § 3 S. 27 N. 35.

4) Siehe oben S. 48.

„Sed et id, quod in solo tuo aedificatum est, quoad in eadem causa manet, iure ad te pertinet. si vero fuerit dissolutum, materia eius ad pristinum dominium redit, sive bona sive mala fide aedificium extructum sit, si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint.“

Dazu wird in l. 5 C. eod. dem bösgläubigen Besitzer ausdrücklich das jus tollendi gewährt. Nach der hier zum Ausdruck gelangenden Auffassung ist also nicht ohne weiteres Schenkungsabsicht zu vermuten, sondern sie muss in jedem einzelnen Fall vom Eigentümer, der sich darauf beruft, bewiesen werden. Diese Ansicht ist auch von Theorie und Praxis gebilligt.[1])

d) Der Einfluß des Ersatzanspruchs auf das jus tollendi.

Wir haben gesehen, dass es Voraussetzung der Ausübung des Wegnahmerechts war, dass von dem Eigentümer der Hauptsache keine Befriedigung des Wertersatzanspruchs des Verwenders angeboten wurde. Das jus tollendi war also zu einem Zufluchtsmittel für den Verwender gestempelt. Ausdrücklich sagt dies zwar keine Quellenstelle. Alle in Betracht kommenden Vorschriften lassen aber darauf schließen, dass das jus tollendi nur ein „remedium“ sein sollte.[2])

Ausdrücklich wird ein „tollere“ nur in den Fällen gestattet, wo das Gesetz dem Verwender ein Ersatzrecht verweigert. Dagegen erwähnt es der Jurist nie in den Fällen, in denen der Verwender immer einen Ersatzanspruch hatte, also bei den impensae necessariae überhaupt und den impensae utiles des bonae fidei possessor. Einige

1) Vgl. Sell, S. 314 und S. A. XII Nr. 125: „Wer wissentlich auf fremde Grundstücke baut, darf . . . . ., wenn er nicht donando animo gehandelt hat, ... sich des juris tollendi bedienen“ und S. A. XIX Nr. 124 (Entsch. d. O. A. G. Celle von 1857 und des O. A. G. Kiel von 1863).

2) cf. l. 27 § 5 D. VI, 1.

schließen bei der Bedeutung die von den Römern der Erhaltung wirschaftlicher Werte zugemessen wurde, hieraus, dass da, wo dem Besitzer ein Ersatzanspruch zustand, überhaupt kein tollere gestattet war.[1])

Andererseits bleibt der Verwender auf das jus tollendi immer dann beschränkt, wenn der Eigentümer den geltend gemachten Ersatzanspruch nicht befriedigt, sondern auf das jus tollendi verweist, und dies konnte er laut mehrerer Quellenstellen nach seinem Belieben.

Zunächst ist im allgemeinen für alle impensae voluptuariae die facultas alternativa des Eigentümers festzustellen, sich durch ein Recht auf Anheimstellung der Wegnahme die Ersatzpflicht zu erleichtern. Eine Ausnahme ist es ja an sich schon, daß impensae voluptuariae, die ja nur dem Verwender zum Vorteil gereichen, ersetzt werden müssen. Diese Ausnahme findet sich in l. 39 § 1 D. V, 3 beim gutgläubigen Erbschaftsbesitzer und noch an einer zweiten Stelle, in l. 9 D. XXV, 1. Hier wird der Ehefrau, auf deren dos der Mann impensae voluptuariae gemacht hat, die Wahl gelassen, die Wegnahme anheimzustellen, statt Ersatz zu leisten. Einschränkender ist beim Eigentümer die facultas, wenn es sich um impensae utiles handelt. Zwar ist ihm in l. 38 D. VI, 1 die Möglichkeit gegeben, dem Ersatzberechtigten gutgläubigen Besitzer die Wegnahme anheimzustellen, aber nur aus dem Grunde, weil für ihn die Verwendung keinen wirschaftlichen Vorteil bieten und der Ersatz ihm infolge seiner persönlichen Verhältnisse zu schwer fallen würde.

Man hat sogar ganz allgemein den Satz aufstellen wollen, daß bei impensae utiles im römischen Recht der Eigentümer stets die Wahl habe, zwischen Ersatzleistung und Anheimstellung der Wegnahme.[2]) Dies auf Grund

1) So: Ledermann S. 54, Simon S. 50/51, Bachof, S. 74. And. Ans.: Schmidt, Handb. S. 343.

2) So: von Buchholz und die übrigen bei Sell, S. 294, Anm. 72 Genannten.

von l. 27 § 5 D. VI, 1 wonach dem klagenden Eigentümer für ein auf seinem Grund und Boden von gutgläubigen Besitzer errichtetes Gebäude Ersatz zu leisten ist, „nisi tamen paratus sit petitor, pati tollere eum aedificium". Schon Sell[1]) hat nachgewiesen, daß diese allgemeine Schlußfolgerung zu weit geht, daß vielmehr diese Vorschrift im Sinn der früher angeführten l. 38 aufzufassen sei.

Bei impensae necessariae will nur Brinz dem Eigentümer das Recht auf Anheimstellung der Wegnahme gestatten, während nach der herrschenden Ansicht der Ersatzanspruch an erster Stelle steht. Brinz[2]) beschränkt „aus menschlicher Rücksicht auf das Affektionsinteresse des Eigentümers und dessen Armut zugleich" unter Umständen den Besitzer sogar wegen seiner notwendigen Verwendungen auf das jus tollendi. Es ist für diese Ansicht kein Stützpunkt in Quellen zu finden, vielmehr spricht die am meisten einschlägige l. 38 D. VI, 1 nur von nicht notwendigen Verwendungen. Außerdem dürfte diese Ansicht kaum mit dem strengen Geist des römischen Rechts und der Rechtsstellung des Eigentümers in ihm zu vereinbaren sein.

e) Inhalt und rechtliche Natur des jus tollendi.

Der Inhalt des jus tollendi ist nach römischen Recht lediglich der, daß dem Berechtigten die Befugnis zum „tollere" gegeben wird. Allerdings wird diese Befugnis auch noch mit anderen Ausdrücken bezeichnet. So nennen l. 3 § 4 D. XV, 3; l. 32 § 5 D. XXVI, 7; l. 3 C. III, 32; l. 19 § 4 D. XIX, 2 die Tätigkeit „auferre", während in l. 43 § 1 D. XXX von „detrahere" und in l. 1 § 5 ff. C. V, 13 von „deducere" gesprochen wird. Die Bedeutung aller dieser Ausdrücke ist gleich. Mehr aber wie ein „tollere" „auferre" u. s. w. war nicht nötig. Die bloße Tatsache, daß die Verwendung von der Hauptsache ge-

1) S. 295 ff.; vgl. auch Pernice II, 1, S. 383 ff.
2) I, 659 (§ 169).

trennt war, genügte, um das Eigentumsrecht des Wegnehmenden wieder aufleben zu lassen. Eines besonderen Eigentumserwerbsaktes bedurfte es nicht.

Ueber die rechtliche Natur des jus tollendi können wir, was das römische Recht und die Theorie des gemeinen Rechts anbetrifft, auf Grund der Quellen und bei jeglichem Fehlen dahingehender Untersuchungen nur feststellen, daß es als obligatorisches Recht galt.

f) Ausübung und Geltendmachung des jus tollendi.

Darf der Berechtigte das jus tollendi ohne weiteres ausüben, solange er Besitz hat, oder bedarf es, wenn der Eigentümer nicht freiwillig die Wegnahme anheimstellt, einer richterlichen Feststellung des Wegnahmerechts? Demelius erklärt mit Rücksicht darauf, daß das tollere in den Quellen immer mit einem permittere, concedere, licere zusammensteht, daß die dem Verwendenden gehörige Sache durch Verbindung mit der von ihm zu restituierenden Sache Teil der letzteren, Teil einer fremden Sache geworden sei. Eigenmächtige Trennung erschiene als Vergreifen an einer fremden, nämlich der wieder herzustellenden Sache. Erst durch den richterlichen Ausspruch, es stehe dem Besitzer ein jus tollendi zu, würde letzterer zur Lostrennung und zur Rückbehaltung ermächtigt.[1])

Ferner sind Leist[2]) und Ledermann[3]) der Ansicht, daß das jus tollendi keine Eigenmacht des Verwendenden gestatte, sondern daß der Verwendende ein Rechtsmittel, die exceptio doli oder eine actio benutzen müsse. Diese Ansicht entspricht den strengen Eigentumsbegriffen des älteren römischen Rechts. Die Theorie und Praxis des gemeinen Rechts jedoch hat die eigenmächtige Weg-

1) S. 124.
2) S. 58.
3) S. 56.

nahme seitens des im Besitze befindlichen Berechtigten gestattet.[1])

Die zweite Frage ist, ob auch nach der Besitzesaufgabe das jus tollendi noch durch eine Klage geltend gemacht werden kann.[2])

Die allgemeine Behauptung geht bis jetzt dahin, daß zur Geltendmachung des jus tollendi ebensowenig wie zur Geltendmachung eines Ersatzanspruches eine besondere actio gegeben war.[3])

Eine solche konnte nur dann entstehen, wenn zwischen dem Verwender und dem Herausgabeberechtigten bereits ein anderes, ein obligatorisches klagbares Rechtsverhältnis bestand.[4]) Beweis dafür ist l. 19 § 4, D. XIX, 2, wo dem inquilinus eine actio ex conducto gegeben wird, um die Wegnahme einer in das gemietete Haus eingefügten Türe durchzusetzen.

Wenn dagegen der Besitzer im Vindikations-Prozeß gezwungen, die fremde Sache, auf die er Verwendungen gemacht, herausgegeben hatte, ohne vorher seine Verwendung wegzunehmen, so war ihm eine weitere Verfolgung seines Rechtes unmöglich, weil das jus tollendi nur in personam ging; nur in dem einen Fall, daß der Eigentümer die Trennung vollzog, hatte er die Möglichkeit, nunmehr auf Grund seines infolge der Trennung wieder aufgelebten Eigentums mit der rei vindicatio die Herausgabe der Verwendung zu verlangen.

Auch ohne das Vorhandensein eines besonderen Rechtsverhältnisses gab die Theorie des gemeinen Rechts dem Verwender eine allgemeine Klage auf Ersatz seiner Ver-

---

1) Entsch. d. O. A. G. Oldenburg vom 1. März 1853. S. A. VII. Nr. 30 (S. 38).

2) Vgl. Simon §§ 9 und 10.

3) Vgl. l. 14. D. XXXXIV, 4; 17 § 12. D. XXXXI, 1; Simon 53; Ledermann 56; Weseler 34.

4) Vgl. Leist 44/45.

wendungen. Die ältere Praxis soll dem Wegnahmeberechtigten eine actio negotiorium gestorum utilis eingeräumt haben.[1]) Dagegen forderte die neuere Praxis den Besitz der Hauptsache als Voraussetzung der Ausübung des jus tollendi.[2])

§ 5.

II. Das Wegnahmerecht im deutschen Recht.

In den deutschen Rechtsquellen wird als Gegenstand des Wegnahmerechts stets entweder „ein Gebäude“ oder eine „Ueberbesserung“ bezeichnet. Andere Gegenstände scheinen die Quellen nicht gekannt zu haben.

Zum Verständnis der Quellenstellen müssen wir uns daran erinnern, daß ursprünglich die deutschen Stämme nicht seßhaft waren. Die Sippschaften und Familien behielten ihr Land nicht zur dauernden Bearbeitung. Die einen übernahmen den Boden zur Bewirtschaftung, den die anderen verließen. So wurde durch den Wechsel des Wirtschaftslebens auch ein Wechsel der Wohnung bedingt. Und deshalb baute man das Haus so, daß man es als Wohnung mitnehmen konnte. Man setzte es ohne Fundament auf den Boden, brach es ab, wenn man ging und setzte es wieder auf den neuen Boden, auf den man sich seßhaft machte.

> „Item welcher arm mann ein hus hät inn der dörfflin einem, die inn das gericht gehörent, gelust ihn, er mags abbrechen, vnd inn ein anders fuehren, ...“[3])

und weiter:

> „Item, wölicher ain hus hat uf aim vogtbar guot und das derab verkoft, der sol dem herren

1) Vgl. Simon 53; Sintenis I, 524.

2) Vgl. Die Entsch. des O. A. G. Celle S. A. XII, Nr. 125 u. d. O. A. G, Kiel, S. A. XIX Nr. 124; des L. G. Bremen, Bd. 3 S. 52, d. R. G. Bd. 42 S. 194 Nr. 45.

3) Grimm, Weistümer I. 383; Dornstetten (1456?)

darvon den dritten pfennig geben, es si dann, das er uf ein ander guot setze das öch vogtbar wäre, den git er dem herren nüt.“ [1])

Allerdings sah man sich bald in den Städten durch den immer mehr aufkommenden Steinbau an diesem Wegführen des Hauses verhindert. Und so ist die Auffassung des Gebäudes als „liegend Gut“, aber nur allmählich und vorerst nur in den Städten aufgekommen.

„Es sollen ouch in den genannten zwingen vnd gerichten, hüßer für ligent gut gehept und gehalten werden, vund nit für varent gut.“ [2])

Dagegen galt in den Gegenden der ländlichen Kultur das Gebäude noch lange, sogar bis zum Beginn der Neuzeit als „fahrend Gut“ und unterlag als solches der Wegnahme.

1. Das Wegnahmerecht der Witwe am Witwengegebäude.

Als ein dem Wegnahmerecht unterworfenes Gebäude betrachtet der Sachsenspiegel insbesondere das „Morgengabegebäude“, das Gebäude der Witwenversorgung.

„nah deme herwête sal daz wîb nemen ire morgengâbe; dar zû hôret . . . gezûne und gezimbere. . . .“ [3]) [4])

Hiermit wird der Witwe im Fall der Entzweiung mit den Erben das Recht gegeben, die eingerammten Pfähle oberhalb des Bodens abzuschneiden und das Haus wegzuführen.

„Binnen sechs wochen nâch dem drîzigsten tage sall sie mit deme gebûwe rûmen, so daz sie der erde nicht en wunde.“ [5]) [6])

1) Grimm, Weistümer V. 144, § 22; Zuozwil, 1488.

2) Grimm, Weistümer I. 47; Oeffnung von Wetteschwil, Sellenburen, Stallikon 1468.

3) Ssp. I, 24, 1.

4) Ssp. I, 20; 25; II, 21; III, 38, 3; 74; 76, 1.

5) Ssp. I, 20, 2.

6) Vgl. auch Rechtsb. nach Dist. I, 13, 1 und Schwabenspiegel XIX.

Noch ausgedehnter findet sich das Verbot des „Wundens“ der Erde:

„Item, wölicher auch vff den vorgenannten hubgietern oder hofstätten gesessen ist, der mag sein haus wol abbrechen und hinweg fieren vnd die vier grundschwellen lassen liegen, oder aber vier pfenig darin legen und die vier schwellen auch hinweg fieren.“ [1])

Und fast ebenso finden wir dies Wegnahmerecht der Witwe am Morgengabegebäude im Schwabenspiegel. Hier ist der Witwe noch der Rat gegeben, das Gebäude vor der Wegführung den Erben zum Kauf anzubieten:

„Si sol ez aber den erben ê anbieten ze loesen nach frumer liute rate.“ [2])

Tut sie dies zu einem angemessenen Preise, so hat sie nach dem Ssp. nur die Verpflichtung, nach Abbruch den früheren Zustand wieder herzustellen:

„Bûtet sie ez aber zu lôsene nah der gebûre kore jeneme, des di stat ist und en wil ers nicht, sô mûz sie ez wol ûf graben, daz sie die erde wider ebene.“ [3])

Und auch wenn die Frau auf der Leibzucht, die der Mann auf seinen Gütern ihr geschaffen hat, ein Gebäude stehen hat, so darf sie es wegnehmen:

„Daz wîb en erbet ouch nich ein gebûwe ûf iren erben, daz uf irme lîbgezuge stêt, sie en neme es abe bî irme lîbe und secze ez ûf ir eigen oder ûf ir lêhn.“ [4])

2. Die Wegnahme einer Ueberbesserung.

Neben dem Wegnahmerecht der Witwe kennt das deutsche Recht ganz allgemein die Wegnahme einer Besser-

1) Grimm, Weistümer IV, S. 512, Nr. 14.
2) Schwabensp. XIX.
3) Ssp. I, 20, 2 (Rechtsb. nach Dist. I, 13, 1).
4) Ssp. III, 38, 4 (Rechtsb. nach Dist. I, 5, 33).

ung seitens desjenigen, der sie angebracht hat. Und diese Besserung ist im Grundbegriff ähnlich dem Begriff der „Einrichtung“ des B. G. B. Nur in den wirtschaftlichen Verhältnissen der damaligen Zeit liegt es, daß als Besserung die Quellen fast immer ein Bauwerk ansehen, das auf einem Stück Land errichtet war. Denn der Grundbesitz war das Vermögen. Und nichts kam als Besserung des Grundbesitzes eher in Frage, als ein Bauwerk.

Während nun von den älteren Quellen, die, auf römischen Rechtsquellen beruhend, den Satz „superficies solo cedit“ vertreten, das Edictum Theoderici[1]) dem Erbauer das auf fremdem Boden errichtete Gebäude auf jeden Fall verloren gehen läßt und ihm nur die Auslagen ersetzt, und das Edictum Rothari[2]) in diesem Fall sogar ein Anspruch auf Arbeitslohn verweigert, „quia omnes scire debent, quod suum non alienum est,“ kennen die Rechtsbücher bereits ein Wegnahmerecht an einem solchen Gebäude:

„Swaz der man bûwet ûf vremdeme gûte, dâ her zins aber gibt, daz mûz her wol aberbrechen, ab her danne vert . . . .[3])“

Ebenso wie der Zinsmann, darf der Pächter die von ihm während der Pachtzeit auf dem fremden Boden errichteten Gebäude mitnehmen, außer in dem Falle, wenn er von dem Material des Grundeigentümers gebaut hat:

„Item soe wes een man tymmert op een erue dat hy in pacht heeft, dat mach hy ende syn erffgenaem wel off breken als zyn pacht wt is, mer wes hy heeft ghetimmert off gepoot van des lantheren hout, dat bliuet dair op . . . .“[4])

1) Kap. 137.

2) Kap. 151.

3) Ssp. II, 53.

4) de Spiegel van Sassen, of zoogenaande Hollandsche Sachsenspiegel (herausgeg. v. Smits in Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgewing; 22. Teil, Amsterdam 1872). Art. 25 § 4 Seite 47.

Ausdrückliche Bestätigung hierfür finden wir in dem Rechte von Chiemsee (1393, 1462):

„Zymert er aber von frömden stamm, so soll yms dann der, der da auf vert, zalen, als er stat an im vindet, oder er mags mit der herrschafft willen gefaren, wo er hin will.“ [1])

Und daselbst:

„ . . . . und denselben zwain pawleuten sol volgen, was sy besunder gemacht und gezymert haben, ob das ist, daß die gemäch aus frömbder wälden gezymert haben . . . .“ [2])[3])

Sogar in den städtischen Urkundenbüchern ist dieser Rechtssatz vertreten, so in dem der Stadt Straßburg:

„ . . . . locator post 10 annos omnia edificia insuper edificata solvere tenetur, item omniaque domui clavibus ferreis aut ligneis conjuncta sunt vel annexa; si hoc locator recusaret, conductori licebit omnia edificia refringere et auferre (1331).“ [4])

Also nicht nur alle auf dem Grundstück errichteten Gebäude, nein, auch alles, was mit diesem durch „eiserne oder hölzerne Klammern“ verbunden ist (vgl. Einrichtungen!) soll der Vermieter, der Verpächter nach einem bestimmten Zeitraum dem Mieter, dem Pächter, bezahlen. Anderenfalls darf dieser alles abbrechen und wegfahren.

Während hier dem Erbauer ein Wegnahmerecht nur dann gegeben wird, wenn der Grundeigentümer nicht zahlen will, findet sich an anderer Stelle auch das Wahlrecht des Erbauers auf Wegnahme oder Geldersatz:

„ . . . . si conductor vel heredes aedificia obtinere et ipsa non pro summa taxata vendere,

---

1) Grimm, Weistümer, III, S. 674/75.

2) III S. 675/76.

3) cf. auch ebenda III S. 721 Nr. 7; Oeffnung zu Angecht am Inn) und III. S. 638 Nr. 5: Oeffnung für Buch (Niederbayern).

4) III. Band, Nr. 1294 (Zeitleihe), 1884.

voluerint, licebit extunc conductori edificia extra dictum ortum ducere.“ [1])

Immerhin aber wird man als recht und billig auch die Vorschrift des Sachsenspiegels beachtet haben, nach der der Grundeigentümer die zur Weiterführung der Wirtschaft nötigen Dinge auslösen darf mit einer von sachverständiger Seite vorgeschlagenen Ablösungssumme:

auf dem Lande: „nâh der gebûre kore . . . . .“ [2])
„. . . . nach dreyer oder vier des Gotzhauss hausgenossen und hintersessen rat und erkanntnüs . . . .“ [3])

in den Städten: „nah frûmer liute rate“ [4]) „nach der burger adder der schepfen ader des rathes erkenntnis“ [5]) oder auch: „juxta taxationem 2 arbitratorum fide dignorum.“ [6])

Erst mit dem Verzicht des Grundeigentümers auf das Auslösungsrecht erwächst dem Erbauer ein uneingeschränktes Wegnahmerecht.

Daß dann mit dem Vorrücken der Zeit und dem immer weiter um sich greifenden Steinbau zunächst durch Verträge zwischen den Parteien, dann durch Gewohnheitsrecht und schließlich durch Gesetz das Wegnahmerecht an einem Gebäude immer seltener wurde, daß schließlich Häuser als liegende Güter, als unbewegliche Sachen allgemein galten, liegt in dem Fortschreiten der wirtschaftlichen Entwicklung. Denn ein Holzbau konnte jederzeit ab- und schnell wieder aufgeschlagen werden, ohne sonderliche Mühe oder Verluste. Ein abgerissener Steinbau aber hatte nicht mehr seinen früheren Wert. Denn sein Auf-

1) Strsb. Urkb. VII, 2782.
2) Ssp. I, 20, 2 und II, 53.
3) Grimm, Weistümer III, S. 638.
4) Schwabsp. XIX.
5) Purgoldt, III, 102.
6) Strsb. Urkb. III, 667.

bauen war schwieriger, zeitraubender und mühevoller. Und je weniger Interesse der Eigentümer am Abbruch eines Steinbaues hatte, desto mehr hatte die Stadt an der Erhaltung eines solchen, um sich ein aufstrebendes Wirtschaftsleben zu sichern.

„ . . . . vnbeweglich oder liegende güter heissent die von selbs natur vnbeweglich sind . . . .“ [1])

„ . . . . alle vnbeweglich güter als Huss, Hoff, Wyngart, Ecker, Garten, Wiesen . . . .“ [2])

und ferner:

„Erstlich ist zu wissen, daß allhie zu Frankfurt, vermöge gemeiner Recht, auch der alte Reformation, liegende Güter verstanden und geechtet werden, nicht allein diejenigen, so von Natur liegend vnd unbeweglich seynd, als Hauss . . . .“ [3])

Mit der Einführung des römischen Satzes: „superficies solo cedit“ war das Wegnahmerecht an Gebäuden begraben.

§ 6.

III. Das Wegnahmerecht in den neueren Codifikationen.

In den neueren Codificationen gelten im wesentlichen die gleichen Grundsätze für das Wegnahmerecht wie im corpus juris. Eine besonders einschneidende Entwicklung hat die Verwendungslehre und die mit ihr zusammenhängenden Ersatzansprüche in diesen Codificationen nicht durchgemacht. Wir können uns deshalb darauf beschränken, einzelne Verschiedenheiten in der Behandlung des Wegnahmerechts darzustellen.

Als Gegenstand des Wegnahmerechts gelten im A.L.R. promiscue: Aufwendungen, Verwendungen, Verbesserungen, Veränderungen. Sogar an Pflanzen hat die

1) Wormser Reform. v. 1499, Lib. V. pars. I, Tit. 1.
2) eod. Lib. IV, pars IV, Tit. VIII.
3) Frankfurter Reformation v. 1578, Lib. II, Tit. IV, § 1.

Praxis des A.L.R. eine Wegnahme zugelassen,[1]) eine Praxis, die auch im englischen Recht beobachtet wurde.[2])

Dagegen hat der Code civil ausdrücklich mit dem Grundsatz des römischen Rechts gebrochen in art. 555., der die Ansprüche des Besitzers gegenüber dem Eigentümer für gemachte Verwendungen regelt, und wo nicht nur „les constructions et ouvrages", sondern auch „les plantations" genannt sind.

Während betreffs der Voraussetzungen des Wegnahmerechts das österreichische Recht[3]) kein Abfindungsrecht des Eigentümers kennt, stehen die anderen Rechte hier sämtlich auf dem Standpunkt des römischen Rechts. So das A.L.R. in §§ 210, 238 I. Tit. 7 und das Sächs. B.G.B. in § 316. Und in gleicher Weise verpflichtet der Code civil in art. 555 den Grundeigentümer, der sich die Verwendung erhalten will, zum Wertersatz; anderenfalls muß er die Wegnahme dulden, d. h. der Besitzer ist im Ersatzweigerungsfalle zur Wegnahme berechtigt.

Nicht so zweckmäßig ist demgegenüber die Vorschrift des A.L.R., die die Wegnahme davon abhängig macht, daß der Eigentümer dem Verwender keine „billige" Vergütung geben will,[4]) ohne daß sie einen bestimmten Maßstab für die Ermittlung des dem Verwender zu ersetzenden Wertes angibt.

Während im gemeinen Recht nach dem Satz: „constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas"[5]) die Ersatzpflicht des Eigentümers auf den Wert ging, den die Verwendung nach der Wegnahme

1) Entsch. d. Ob. Trib. Bd. 55, S. 66 ff. (ein Pächter hatte auf Gestattung der Wegnahme von 176 tragbaren Obstbäumen und ebensoviel Sträuchern geklagt!)

2) Biermann „Superficies solo cedit", S. 267.

3) Vgl. Allg. Bürgerl. Gesetzb. § 332.

4) I, 7, § 238.

5) l. 38 D. VI, 1.

für den Verwender hatte, läßt der Code civil den Eigentümer die Kosten, die der Verwender selbst durch die Verwendung gehabt hat, einschließlich des Wertes der verbundenen Sache ersetzen: „si le propriétaire préfère conserver ses plantations et constructions, il doit le remboursement de la valeur des matériaux et du prix de la main d'œuvre sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir.“ [1])

Was nun in dieser Hinsicht die für uns besonders einschlägige Frage anbetrifft, ob die Ausschließung des Wegnahmerechts durch Wertersatz von diesen Codifikationen nicht nur für den Besitzer, sondern allgemein auch für den Mieter, Pächter, Entleiher u. s. w. zugelassen ist, so finden wir nur im Sächs. B. G. B. auch für den Mieter dieselbe Einschränkung wie für den Eigenbesitzer:

> „Hat der Pächter oder Mieter auf die Sache Verwendungen gemacht, so kann er wegen der notwendigen sofort, wegen solcher nützlichen, durch welche die Sache dauernd verbessert ist, nach Beendigung des Pachts- oder Mietsvertrages Vergütung, wie von einem Geschäftsführer ohne Auftrag fordern. Wegen anderer Verwendungen steht ihm das Recht der Wegnahme zu, doch hat er. . . . .“ [2]) Und ferner:
>
> „Der Beklagte hat . . . . nur das Recht, das, was durch die Verwendung hervorgebracht wurde, auf eigene Kosten von der Sache wegzunehmen. Der Eigentümer kann die Wegnahme abwenden, wenn er den Wert erstattet, den die „Einrichtung“ im Falle sie weggenommen wäre, gehabt haben würde.“ [3])

Aus den Vorschriften des A. L. R. kann man nicht

1) Art. 555, III.
2) § 1201.
3) § 316.

schließen, daß Mieter und Nießbraucher sich mit einem, wenn auch an sich ausreichenden, Ersatz abfinden lassen müßten.[1])

Auch der Code civil hat hierfür keine besondere Bestimmung.

Dagegen gibt im englischen Recht[2]) eine besondere Gesetzesvorschrift dem landlord (Grundeigentümer) das Recht, ein jus tollendi des tenant (Gebrauchsberechtigten) durch Wertersatz auszuschließen.[3]) Diese besondere Gesetzesvorschrift des englischen Rechts wird aber mit Rücksicht auf die in England übliche Anhäufung großen Grundbesitzes in einer Hand und dessen Bewirtschaftung durch Pächter als eine Zweckmäßigkeitsmaßregel gegen das infolge dieser Bewirtschaftungsweise gern ausgeübte jus tollendi des Pächters zu betrachten sein.

Tatsächlich hat auch sowohl die deutsche wie die französische Praxis auf dem englischen Standpunkt gestanden.

Während im gemeinen Recht nur einmal die Frage vom Reichsgericht[4]) gestreift, aber unentschieden gelassen wurde, und das O. A. G. zu Oldenburg in einer Entscheidung den angeführten Standpunkt teilt,[5]) hat die Praxis des französischen Rechts mehrmals den art. 555. des Code civil analog auf Mieter und Pächter angewandt. Sie hat zugelassen, „que le bailleur (Verpächter) peut se prévaloir de l'article 555; que, par suite il peut, à la fin du bail, conserver les plantations et constructions en remboursant au preneur (Pächter) la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œvre.“ [6])

Ueber die weitere Frage, ob der Verwender eine

1) §§ 130, 280, I, 21.
2) S. Bachof S. 66 Anm. 1.
3) Vgl. Biermann s. s. c. 267.
4) Bd. 42. S. 195.
5) S. A. VII, Nr. 30.
6) Laurent 197 Nr. 177.

Verpflichtung zur Wegnahme gegenüber dem Eigentümer hat, äußern sich nur wenige Rechte.

Im Gegensatz zum Corpus juris, das eine derartige Bestimmung nicht kennt, heißt es in § 327 A. L. R. I. 9:

„Hat jemand ein für sich selbst bestehendes Gebäude auf fremdem Grund und Boden ohne Vorwissen des Grundeigentümers errichtet, so hängt es von dem Grundeigentümer ab, das Gebäude zu erhalten oder auf dessen Wegschaffung und Abbrechung zu dringen,"

und in § 328:

„Wählt der Grundeigentümer das letztere, so muß das Abbrechen und Wegräumen auf Kosten des Bauenden erfolgen. . . . ."

Noch deutlicher bestimmt der Code civil in Art. 555:

„Lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a droit ou de les retenir ou d'obliger ce tiers à les enlever"; und weiter Absatz 2:

„Si le propriétaire du fonds demande la supprestion des plantations et constructions, elle est aux frais de celui qui les a faites, sans aucune indemnité pour lui . . . ."

Andere positive, von dem gemeinen Recht abweichende Vorschriften über das jus tollendi sind in den neueren Codificationen nicht festzustellen. Insbesondere ist nirgends eine Bestimmung über die juristische Natur des Rechtes getroffen.

Auf Grund der äußerst geringen und praktisch bedeutungslosen Unterschiede, die wir in der Behandlung des Wegnahmerechts in den neueren Codificationen im Vergleich zu dem jus tollendi des römischen und des gemeinen Rechts gefunden haben, kommen wir zu dem Ergebnis, daß eine wesentliche Umgestaltung des jus tollendi bis dahin nicht stattgefunden hat.

B. Dogmatischer Teil. Das Recht, eine Einrichtung wegzunehmen, nach dem B. G. B.

§ 7.

I. Positive Vorschriften des Gesetzes.

a) Gegenstand.

Untersuchen wir auf Grund der positiven Vorschriften zunächst, was Gegenstand des Wegnahmerechts im B. G. B. ist. Diese Vorschriften sind die §§ 500, 547, 601, 997, 1049, 1216, 2125.

Das Gesetz unterscheidet zwischen dem Wegnahmerecht des nichttitulierten Besitzers und dem des Mieters, Pächters, Entleihers u. s. w. In § 997 I erhält der Besitzer, und zwar jeder Besitzer, der mittel- und der unmittelbare, der bös- und gutgläubige, das Recht, die Sache, die er als wesentlichen Bestandteil mit einer anderen Sache verbunden hat, abzutrennen und sich anzueignen.

Was das B. G. B. unter wesentlichen Bestandteil versteht, sagt es uns selbst in §§ 93 bis 95, und wir brauchen in dieser Hinsicht nur auf unsere obige Untersuchung hinzuweisen. Dagegen ist nach dem Wortlaut des Gesetzes der Gegenstand des Wegnahmerechts des Mieters, Pächters u. s. w. immer eine „Einrichtung". Was darunter zu verstehen ist, haben wir im ersten Teil der Arbeit zu zeigen versucht.

> „Eine Einrichtung ist das Ergebnis einer solchen Verwendung, die nach Auffassung des Aufwendenden zum Zwecke der physischen Erhaltung einer Sache oder zur Verbesserung ihrer Beschaffenheit gemacht

ist, ohne Rücksicht auf die Art der Sachverbindung.“ [1])

Und auf das Wegnahmerecht an einer Einrichtung, auf das Wegnahmerecht, bei dem die Art der Sachverbindung einerlei ist, werden wir die folgende Darstellung beschränken. Die Vorschriften über das Wegnahmerecht des Besitzers, das ja nur auf einen wesentlichen Bestandteil gerichtet ist, und dessen allgemeine Auffassung wir teilen, werden wir nur zur Analogie heranziehen.

b) Die Person des Wegnahmeberechtigten.

Entsprechend seiner Einteilung der Gegenstände des Wegnahmerechts zählt das B. G. B. auch zwei Gruppen von wegnahmeberechtigten Personen auf:

1) den nichttitulierten Besitzer (§ 997), und den Erbbauberechtigten unter gleichen Voraussetzungen (§ 1017, II);

2) den Wiederverkäufer, Mieter, Pächter, Entleiher, Nießbraucher, Wohnungsberechtigten, Pfandgläubiger und Vorerben (§§ 500, 2; 547, II, 2; 581, II; 661, II, 2; 1049, II; 1093, I, 2; 1216, 2; 2125, II).

Daß das Gesetz damit die Fälle des Wegnahmerechts nicht erschöpfend aufzählen wollte, ergibt sich aus den Motiven.[2]) Hier ist ein Wegnahmerecht des Geschäftsführers ohne Auftrag deshalb unerwähnt geblieben, weil es sich mit der Verweisung auf die condictio ob rem erledige. Und nach den Motiven[3]) war eine Verweisung auf das Wegnahmerecht des Besitzers nur aufgenommen, „um unzutreffenden Schlußfolgerungen vorzubeugen, welche aus dessen Nichterwähnung gezogen werden könnten.“

Es wird also in der Praxis auf den einzelnen Fall ankommen. Man wird beispielsweise den Vater, der auf

1) Vgl. S. 33.

2) II, 866/67 (Mugdan II, 484) und V. 201. (Mugdan, V, 106.)

3) V, 202 (Mugdan V, 107).

das Kindesgut, den Ehemann, der auf das eingebrachte Gut seiner Frau Verwendungen gemacht hat, nicht das Wegnahmerecht versagen können, das der Nießbraucher, der Pfandgläubiger u. s. w. auch haben. Im Allgemeinen darf jeder, der auf eine fremde Sache Verwendungen gemacht hat, dieselben bei der Herausgabe hinwegnehmen, wenn die übrigen Voraussetzungen dieses Wegnahmerechts gegeben sind.

Da das Gesetz bestimmte Personen aufzählt, so wollen wir uns auch daran halten. Wir finden zunächst, daß in allen Fällen die Person Besitzer der Hauptsache sein muß. Sowohl der Eigenbesitzer wie der Fremdbesitzer, der rechtmäßige wie der unrechtmäßige, und von diesen im Gegensatz zum römischen Recht sogar der bösgläubige Besitzer hat das Wegnahmerecht.

Allgemein gilt weiter von der Person des Wegnahmeberechtigten, daß er selbst oder ein Rechtsvorgänger die Verbindung bewirkt haben muß. Dieses „selbst“ will jedoch nicht eine persönliche, wahrnehmbare Tätigkeit fordern, sondern läßt es auch an der Verbindung, die im Auftrage, auf Bestellung des Verwendenden vorgenommen ist, genügen.

Ob der Verwendende eine eigene Sache aufgewendet, oder ob er im Fall der Verbindung einer fremden Sache mit der Hauptsache das Wegnahmerecht hat, darüber trifft das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung. Es sagt nur in einem Fall, in § 997: „. . . hat der Besitzer mit der Sache eine andere Sache . . . verbunden“ und in den anderen Fällen, in §§ 500, 547, 601 u. s. w.: „wer die Sache mit einer Einrichtung versehen hat.“

c) Die Voraussetzungen des Rechts, eine Einrichtung wegzunehmen.

1. Positive Voraussetzungen.

Es sind die rechtserzeugenden Tatsachen, die im

Bestreitungsfalle derjenige, der das Recht behauptet, nachzuweisen hat:

α) Verbindung einer beweglichen Sache mit einer anderen als Hauptsache anzusehenden Sache, ohne Rücksicht darauf, ob er selbst die Verbindung hergestellt hat, und ohne Rücksicht darauf, ob die Einrichtung wesentlicher Bestandteil geworden ist oder nicht,

β) Besitz der Hauptsache bei Vornahme der Verbindung.

2. Negative Voraussetzungen.

Es sind die von dem Eigentümer der Hauptsache oder den sonstigen Herausgabeberechtigten einredeweise geltend zu machenden Umstände, die entweder trotz Vorliegens der positiven Voraussetzungen ausnahmsweise die Entstehung eines Wegnahmerechts verhindert haben oder doch wenigstens die Ausübung eines entstandenen vereiteln:

α) Möglichkeit der Wiederherstellung des früheren Zustandes. Diese Voraussetzung ergibt sich aus der dem Wegnahmeberechtigten durch § 258, 1 auferlegten Verpflichtung, „im Fall der Wegnahme die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen.“[1]) Anderer Ansicht ist Planck,[2]) der Wegnahme gestatten und an Stelle der (unmöglichen) Wiederherstellung eine Verpflichtung zum Schadenersatz setzen will.

β) Ausgeschlossen ist das Wegnahmerecht, wenn für den Verwendenden eine Verpflichtung zur Vornahme der Einrichtung bestand. Eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift gibt es, abgesehen von § 994 I, S. 2, in dieser Hinsicht nicht. Jedenfalls aber war die Redaktionskommission bei der Prüfung des E. II. mit der Untersuchung der Frage beauftragt worden, „ob an denjenigen Stellen des Entwurfs, in welchen dem zur Herausgabe einer Sache

1) Ebenso Rehbein II, Nr. 57 (S. 69); Kober, Bem. 2 a. E. zu § 997; Schollmeyer Erl. zu 258.

2) Planck, II, Bem. zu § 258.

Verpflichteten das Recht der Wegnahme einer Einrichtung eingeräumt (. . . .), hinzuzufügen sei, daß ihm dieses Recht nicht zustehe, wenn eine Verpflichtung zur Verwendung bestanden habe.“ [1]) Wenn man auch sachlich mit dieser Regelung einverstanden war, so kam es doch nicht zur Aufnahme einer betreffenden Bestimmung: Bei den für den Mieter und den Vorerben in Betracht kommenden Paragraphen hielt man es für überflüssig, und zu einer „Verdeutlichungsvorschrift“ hinsichtlich der Vorschriften für den Nießbraucher ist es auch nicht gekommen. Gerade ein Fehlen solcher Bestimmungen vermag aber die Gültigkeit des in der Natur der Sache begründenden Satzes nur zu unterstützen: Wer zur Vornahme einer Verwendung, Einrichtung, verpflichtet ist, — ob gegen Ersatz oder nicht, — kann nicht eigenmächtig die Verwendung, Einrichtung, wieder wegnehmen.

Eine Verpflichtung zu einer Verwendung, Einrichtung kann vorliegen

1. auf Grund eines Vertragsverhältnisses. Der Mieter und Pfandgläubiger braucht allerdings auf die Mietsache, auf die Pfandsache keine Verwendung zu machen, und den Vorerben trifft die Verpflichtung auch nur indirekt aus § 2131 B.G.B. Im Gegensatz zu diesen hat jedoch der Entleiher, (§ 601, 1), der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks (§ 582), und der Nießbraucher (§ 1041) die gewöhnlichen, d. h. im Verkehr üblichen, zur Erhaltung der Sache notwendigen Verwendungen zu machen;

2. auf Grund einer besonderen Vereinbarung,

3. auf Grund einer zum Schadenersatz verpflichtenden unerlaubten Handlung.[2])

γ) Unzulässig ist die Wegnahme ferner, wenn die Einrichtung gemacht ist in der Absicht, dem Eigentümer der Hauptsache eine Schenkung zu machen, z. B. wenn

1) Prot. 8317/8 (Mugdan II, 520).

2) Vgl. Bachof, S. 48/49.

die Mutter den Nießbrauch an einem ihren Kindern als Erben des Vaters gehörigen Grundstück hat.

Eine gesetzliche Vermutung dafür, daß eine Verwendung aus Schenkungsabsicht gemacht ist, gibt es im B.G.B. nicht. Schon in der Praxis des gemeinen Rechts mußte diese im einzelnen Falle vom Eigentümer, der sich darauf beruft, bewiesen werden. Diese Ansicht erkennt Sell [1]) als zutreffend an; ebenso das O.A.G. zu Kiel (1863) [2]) und das O.A.G. zu Celle (1857), nach dem derjenige, der wissentlich auf fremdem Grunde baut, „ . . . ., wenn er nicht donandi animo gehandelt . . . ., sich des juris tollendi bedienen darf.“ [3])

δ) Ausgeschlossen ist das Wegnahmerecht auch dann, wenn seine Ausübung nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen (Chikane-Verbot des § 226).

ε) Die Tatsache, daß für eine Verwendung ein Ersatzanspruch nicht besteht, ist grundsätzlich nicht eine Voraussetzung des Wegnahmerechts. Während, wie oben ausgeführt, das Wegnahmerecht im corpus juris als ein remedium angesehen wird, stellt es das B.G.B. selbständig neben das Ersatzrecht. Das Wegnahmerecht gehört somit m. E. nicht in die Reihe der Ersatzansprüche für Verwendungen. Es wird durch das Bestehen eines Ersatzanspruches die Geltendmachung eines Wegnahmerechts nicht ausgeschlossen.[4])

Für diesen Satz gelten jedoch einige Einschränkungen, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben. § 547 I gibt dem Mieter einen Ersatzanspruch für „notwendige Verwendungen“ schlechthin. Der Absatz II regelt die Verpflichtung des Vermieters zum Ersatz „sonstiger Ver-

---

1) Sell, 314.

2) S. A. XIX Nr. 124.

3) S. A. XII Nr. 125.

4) Vgl. Planck III. Bem. 2 b zu § 997; Biermann Bem. 1. zu § 997; Oertmann Bem. 2 Abs. 2 zu § 547; Ledermann 56/57.

wendungen“ nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Außerdem wird dem Mieter, wenn es sich um eine „Einrichtung“ handelt, das Wegnahmerecht gegeben.

Bei einem Vergleich der beiden Gesetzesstellen ergibt sich, daß der Mieter, wenn es sich um „notwendige Verwendungen“ handelt, ein Wegnahmerecht nicht hat. Dies bestätigen auch die Motive,[1]) und § 514, Abs. 2 des E. I, der dem Mieter, welcher „nicht notwendige Verwendungen“ auf die Sache gemacht hat, das Recht gewährt, die durch die Verwendung entstandene Einrichtung wegzunehmen.

Eine ähnliche Einschränkung gilt für das Wegnahmerecht des Entleihers. Nach § 601 I hat er die „gewöhnlichen Erhaltungskosten“ zu tragen. Nach Absatz 2 kann er für „andere Verwendungen“ Ersatz beanspruchen nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Daneben hat er betreffs einer Einrichtung das Wegnahmerecht. Danach ist also betreffs der gewöhnlichen (in Abs. 1 gemeinten) Erhaltungskosten ein Wegnahmerecht (ebenso wie ein Ersatzanspruch) ausgeschlossen.

Dagegen ist dem Wiederverkäufer (§ 500) und dem Pfandgläubiger (§ 1216) ohne Unterschied in der Art der Verwendungen für alle ein Ersatzanspruch nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, und daneben das Wegnahmerecht gegeben.

Und ebenso hat der Nießbraucher (§ 1049) Ersatzanspruch und Wegnahmerecht für alle Verwendungen, zu denen er nicht verpflichtet ist.

Aehnlich wie der Entleiher ist wieder der Vorerbe gestellt. Er hat weder Ersatzanspruch noch Wegnahmerecht für die gewöhnlichen Erhaltungskosten (§ 2114 I). Einen unbedingten Ersatzanspruch hat er für die subjek-

1) II, S. 394. (Mugdan II, 220).

tiv notwendigen Verwendungen, d. h. für „die anderen Aufwendungen“, die er zum Zwecke der Erhaltung von Erbschaftsgegenständen den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Wegen aller übrigen Verwendungen hat er einen Ersatzanspruch wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag, und daneben, soweit es sich um eine Einrichtung handelt, das Wegnahmerecht.

Aus diesen vom Gesetz ausdrücklich geregelten Fällen ergeben sich folgende Grundsätze, die wir da, wo das Gesetz keine Bestimmung getroffen hat, gelten lassen:

Ein Wegnahmerecht ist ausgeschlossen,

1. wenn eine Verpflichtung zur Vornahme der Verwendung bestand (§§ 601 I; 1049; 2124 I; vgl. oben S. 79).

2. Bezüglich der Einrichtungen, für die der Verwender einen unbedingten Ersatzanspruch hat, bei denen er von vornherein bei Vornahme der Verwendung auf sicheren Ersatz rechnen konnte (§§ 547, I; 2124, II).

Umgekehrt wird überall da, wo es bei Vornahme der Verwendung irgendwie zweifelhaft ist, ob ein Ersatzanspruch für die geschaffene Einrichtung gegeben sein wird oder nicht (§§ 500; 547, II; 601, II; 1049; 1216; 2125) ein Wegnahmerecht gegeben, ohne Rücksicht darauf, ob im Einzelfall Ersatz verlangt werden kann oder nicht, ob die Einrichtung eine notwendige Verwendung ist oder nicht, sofern es sich nur um eine „Einrichtung“ handelt.

Dieses unbeschränkte Wegnahmerecht des Wiederverkäufers, Mieters, Entleihers u. s. w. setzt die Theorie dem beschränkten Wegnahmerecht des Besitzers gegenüber. Für diesen ist es nach § 979, II ausgeschlossen, wenn er Ersatz für die Verwendung nicht verlangen kann, oder wenn die Abtrennung für ihn keinen Nutzen hat, oder wenn ihm mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Abtrennung für ihn haben würde. Ein derartiges Abfindungsrecht des Vermieters kennt die Theorie nicht. Nur Mittelstein sagt: „Der Vermieter kann

das Wegnehmerecht des Mieters nicht durch eine Geldabfindung ausschließen, es sei denn, daß er der Eigentümer der Mietsache ist und es sich um einen wesentlichen Bestandteil handelt, welchen der Mieter mit der Mietsache verbunden hatte.“ [1])

Untersuchen wir, ob diese Ansicht nicht etwas für sich hat, wenn sie auch dem Willen des Gesetzgebers zuwiderläuft.

Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes spricht dafür. In E. II war das Wegnahmerecht des Wiederverkäufers davon abhängig gemacht worden, daß er nicht mindestens den (gemeinen!) Trennungswert ersetzt erhalte. Diese Bestimmung wurde bei der Revision gestrichen,[2]) und zwar um dem Wiederverkäufer auch wegen eines bloßen Affektionsinteresses an einer Einrichtung das Wegnahmerecht zu sichern.[3])

Umgekehrt ist ein Antrag, bei der Miete die entsprechende Beschränkung einzuführen, abgelehnt worden mit der Begründung, die Sachlage sei nicht die gleiche: „Zwischen Eigentümer und Besitzer bestehe kein Vertragsverhältnis, wohl aber zwischen Mieter und Vermieter; mit Rücksicht auf seine Stellung im Vertrage habe der Mieter einen unbedingten Anspruch auf Wegnahme und brauche sich durch Wertersatz nicht abfinden zu lassen.“[4])

Nicht folgerichtig dazu regelt das Gesetz das Wegnahmerecht eines Erbbauberechtigten nach den Vorschriften über das Wegnahmerecht des Besitzers gegenüber dem Eigentümer (§ 1017), indem es damit ein Abfindungsrecht zuläßt, trotzdem der Erbbauberechtigte auf Grund eines Vertrages, der zum Gebrauch der Sache berechtigt, besitzt.

Maßgebend für diese Ansicht ist nach der Kommission

1) S. 177.
2) Prot. 8443/4 (Mugdan II, 786/87).
3) Prot. 8444; (Mugdan II, 787).
4) Prot. 1946; (Mugdan II, 841).

die Stellung des Mieters im Vertrage, d. h. das ihm durch den Mietvertrag eingeräumte Gebrauchsrecht.

Für die Gebrauchszeit ist ein unbedingtes Wegnahmerecht schon allein hiermit gegeben.

Aber nach Ablauf der Gebrauchszeit, soll dann das Wegnahmerecht auch noch unbedingt bestehen? Auf Grund des Gebrauchsrechtes nicht. Denn das hat der Mieter nicht mehr. Und sein Interesse an der Nebensache ist ja durch andere Bestimmungen hinreichend gewahrt. Ein Mieter, der vielleicht auf Jahrzehnte gemietet hat, hat einen Wintergarten als Anbau herstellen, ein Ziegeleipächter eine Lehmmühle einrichten lassen; weshalb sollen sie auf Grund ihres früheren Gebrauchsrechtes noch nach langer Zeit ein unbedingtes Wegnahmerecht ausüben können, wenn ihnen der Abbruchswert ersetzt wird, während z. B. der bloße Eigenbesitzer im gleichen Falle sich mit einer Abfindung begnügen muß? Weshalb soll der Gebrauchsberechtigte nach Ablauf der Gebrauchszeit vorteilhafter gestellt sein als der Eigenbesitzer? Wir halten es für den praktischen Bedürfnissen entsprechender und auch nicht der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und den Beratungen der Kommission zuwider, wenn man dem Gebrauchsberechtigten ein unbeschränktes Wegnahmerecht gibt, solange er sich im rechtmäßigen Besitz der Gebrauchssache befindet, dagegen nach Beendigung des zum Gebrauch ermächtigenden Rechtsverhältnisses dem Eigentümer das Recht gibt, die Wegnahme durch Ersatz des Wertes, den die Einrichtung nach der Trennung für den Berechtigten haben würde, abzuwenden, wenn diese Einrichtung ein wesentlicher Bestandteil der Hauptsache ist.

d) Ausübung und Geltendmachung des Wegnahmerechts.

Die Art der Ausübung des Wegnahmerechts richtet sich danach, ob der Wegnahmeberechtigte im Besitze der Sache ist oder nicht.

1. Wenn er noch im Besitze der Hauptsache ist, so kann er ohne weitere Förmlichkeiten die Einrichtung wegnehmen; es müssen nur alle Voraussetzungen des Wegnahmerechts vorliegen.

Daß zur Ausübung des Wegnahmerechts der Besitz ein unmittelbarer sein muß, wird u. a. von Strohal[1]) und anschließend von Biermann[2]) verlangt. Dies wird bei dem Mieter, Entleiher u. s. w. meist der Fall sein. Und m. E. kann ein mittelbarer Besitzer kein Wegnahmerecht nur mit Einwilligung des unmittelbaren Besitzers ausüben. Sonst würde er sich diesem, aber auch nur diesem gegenüber verbotener Eigenmacht schuldig machen. Dagegen ist auch der mittelbare Besitzer m. E. dem Herausgabeberechtigten — dem Eigentümer — gegenüber zur eigenmächtigen Wegnahme berechtigt.

In allen Fällen darf die Wegnahme ohne weiteres ausgeübt werden. Eine Klage auf Gestattung der Wegnahme ist während der Besitzzeit des Wegnahmeberechtigten nicht in Form eines Leistungsanspruches, sondern nur in Form und unter den Voraussetzungen einer Feststellungsklage zulässig.

Immer hat der Wegnehmende nach § 258 1 die Verpflichtung, die Hauptsache auf seine Kosten in den vorigen Stand setzen zu lassen. Unter dem „vorigen Stand" versteht Planck[3]) stets den Zustand der Hauptsache, wie er gewesen ist zurzeit der Vornahme der Einrichtung. Ob man darunter im Einzelfall nicht auch den Zustand verstehen kann, wie er gewesen sein würde bei Nichtvornahme der Einrichtung zurzeit der Trennung, möchten wir praktischer Weise in das Ermessen des Richters stellen.

Erfüllt der Wegnehmende seine Verpflichtung zur Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht, und kann

1) S. 43.
2) Bem. 2 c. Abs. 2 zu § 997.
3) II, Bem. zu § 258, Abs. 1.

diese Wiederherstellung auch durch einen Dritten erfolgen, — und das wird wohl immer der Fall sein, da allein das Interesse des Gläubigers dafür maßgebend ist, ob die Vornahme der Handlung durch einen Dritten vollgültigen Ersatz einer, vom Schuldner selbst ausgehenden Erfüllung bietet,[1]) - so ist der Gläubiger nach Vollstreckbarkeit[2]) des auf seinen Antrag vom Prozeßgericht erster Instanz erlassenen Urteils ermächtigt, auf Kosten des Schuldners Wiederherstellung vornehmen zu lassen. Zugleich kann der Gläubiger beantragen, den Schuldner zur Vorauszahlung der Kosten zu verurteilen, die durch die Vornahme der Wiederherstellung entstehen werden, unbeschadet des Rechts auf eine Nachforderung, wenn die Vornahme der Wiederherstellung einen größeren Kostenaufwand verursacht.[3])

2. Hat der Wegnahmeberechtigte den Besitz der Sache nicht mehr, sondern hat ihn der andere erlangt, (d. h. der, dem der Wegnahmeberechtigte die Sache herauszugeben hatte), so ist dieser verpflichtet, die Wegnahme der Einrichtung zu gestatten nach § 258, Abs. 2, S. 1.

Auf welche Weise der Gestattungspflichtige den Besitz erlangt hat, ob mit oder ohne Willen des Wegnahmeberechtigten, ist ohne Belang,[4]) da der Wegnahmeberechtigte auf jeden Fall auch nach Verlust des Besitzes sein Recht geltend machen kann. Er kann das Recht jedoch nur gegen den geltend machen, dem gegenüber er zur Herausgabe verpflichtet war, wenn dieser den Besitz erlangt hat, und gegen dessen Rechtsnachfolger, nicht dagegen gegen jeden Eigentümer und jeden Besitzer.

Die Klage fordert Gestattung der Wegnahme. Sie geht also auf ein Dulden der Trennung und der Aneig-

1) R.G.E. 55, 57; vgl. § 267 B.G.B.; J. W. 1898, 605, 26.
2) R.G.E. 34, 173.
3) C.P.O. § 887.
4) Windscheid, I, § 195, 5 d; Schollmeyer, Bem. zu § 258 Abs. 3.

nung. Ist die Trennung schon vollzogen, so geht sie auf Gestattung der Aneignung. „Der andere kann die Gestattung verweigern, bis ihm für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden Sicherheit geleistet wird.“ (§ 258 Schlußsatz.)

Der Umfang der Sicherheitsleistung wird sich im allgemeinen auf die gesamten Kosten, einschließlich etwaiger voraussichtlicher Beschädigung der Hauptsache zu erstrecken haben.

Die Art der Sicherheitsleistung bestimmt sich nach § 232 ff. B.G.B.

e) Erlöschen und Verjährung des Wegnahmerechts.

1. Das Wegnahmerecht erlischt

a) durch Erfüllung, d. h. durch seine Ausübung,

b) durch Ersatz auf Grund eines dem Wegnahmeberechtigten alternativ zustehenden Ersatzanspruches,

c) durch Verzicht, der auch stillschweigend und formlos geschehen kann,

d) durch objektive Unmöglichkeit der Duldung der Wegnahme, d. h. wenn die ganze Sache oder die wegzunehmende Einrichtung untergegangen ist,

e) durch Konfusion, d. h. wenn der Wegnahmeberechtigte selbst nach Entstehung des Wegnahmerechts das Eigentum an der Hauptsache erwirbt.

2. Die Verjährung.

Die gewöhnliche Verjährungsfrist des Anspruches aus dem Wegnahmerecht beträgt nach § 195 30 Jahre. Das Gesetz hat jedoch in verschiedenen besonderen Fällen, und zwar in denen, wo es sich um die Wegnahme einer Einrichtung handelt, auf Veranlassung der zweiten Kommission[1]) eine kürzere Frist eingeführt. Die Ansprüche

1) Prot. 1947. (Mugdan II 841.)

des Mieters, Pächters, Entleihers, Nießbrauchers und Pfandgläubigers auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren bereits in sechs Monaten (§§ 558, I; 606, 1; 1057, 1; 1226, 1), und zwar beginnt diese kurze Verjährungsfrist in allen Fällen kraft besonderer Bestimmung mit der Beendigung des betreffenden Vertragsverhältnisses. (§ 558, II; 606, 2; 1057, 2; 1226, 2.)

Die kurzen Verjährungsfristen gelten aber nicht in allen Fällen, wo es sich um das Wegnahmerecht an einer Einrichtung handelt, sondern nur in denen, wo der Mieter, Entleiher u. s. w. die Verbindung selbst bewirkt hat, bezw. hat herstellen lassen. In allen anderen Fällen gründet sich ja der Anspruch nicht auf § 547, II u. s. w., sondern auf § 951, II, 2. Und hier gilt die regelmäßige Verjährungsfrist, wie zwischen Besitzer und Eigentümer. Seinen Grund hat dies darin, daß die Verbindung in diesem Fall nicht in Ausübung eines Gebrauchsrechtes erfolgt ist, und deshalb mit dem Mietverhältnis und der in diesem gegründeten kurzen Verjährung nichts zu tun hat.

Die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung wirkt nicht hemmend auf die Verjährung des Anspruches auf Gestattung der Wegnahme ein. (§ 202, Abs. 2).

§ 8.

II. Alle diese positiven Vorschriften des Wegnahmerechts, alle Voraussetzungen, alle Hinderungsgründe, die seine Geltendmachung ermöglichen, bezw. ausschließen, sie liegen entweder auf seiten des Verwenders, des Gebrauchsberechtigten oder auf seiten des Eigentümers oder auf beiden Seiten, und oft auch in der Sache selbst.

Wie aber steht es, wenn ein Wegnahmerecht begründet ist, wenn die positiven Voraussetzungen seiner Ausübung gegeben sind, wenn auch keiner der angeführten Ausschließungsgründe vorliegt, und es droht seiner Ausübung ein Hindernis von dritter Seite? Und als

ein solches wird in der Praxis vor allem ein inzwischen vorgegangener gutgläubiger Erwerb der Hauptsache und der mit ihr noch verbundenen Einrichtung vorkommen. Wird durch ihn das Wegnahmerecht beeinträchtigt? Etwa überhaupt ausgeschlossen? Die Antwort hierauf kann uns nur eine Untersuchung der rechtlichen Natur des Wegnahmerechts geben.

§ 9.

III. Die rechtliche Natur des Wegnahmerechts.

Das B.G.B. gibt in einigen Fällen, wie wir schon gesehen haben, ein Wegnahmerecht, das darin besteht, daß der Berechtigte eine Sache, die wesentlicher Bestandteil einer anderen geworden ist, wegnehmen darf. So darf z. B. nach § 997 der Besitzer die Sache, die er mit einer anderen als wesentlichen Bestandteil verbunden hat, „abtrennen und sich aneignen". Und dieses Recht des Besitzers nennt das B.G.B. in § 951, II ebenso „Wegnahmrecht", wie das des Mieters in § 547, II.

Da wir nun festgestellt haben, daß sich das Wegnahmerecht aus § 547, II, da es sich auf Einrichtungen bezieht, auf wesentliche und unwesentliche Sachverbindungen erstreckt, und jetzt sehen, daß ein Recht, das vom B.G.B. ebenfalls Wegnahmerecht genannt wird und dessen Ausübung auch in der allgemeinen Vorschrift des § 258 geregelt ist, nur bei wesentlichen Sachverbindungen geltend gemacht werden kann, so muß in der rechtlichen Natur der beiden Arten des Wegnahmerechts ein Unterschied bestehen.

Offenbar will das B.G.B. das Wegnahmerecht als obligatorisches Recht aufgefaßt wissen.

Darauf läßt zunächst die rein äußerliche Tatsache schließen, daß die allgemeinen Voraussetzungen (§ 258) im Gesetz ihren Platz im allgemeinen Teil des Rechtes der Schuldverhältnisse gefunden haben. Als Grundlage dient hier dem B.G.B. das römische Recht, in dem nach

einer Entscheidung Labeos [1]) der Mieter die Klage aus dem Mietvertrage auf Gestattung der Wegnahme hat. Denn § 258 bestimmt ausdrücklich:

„Erlangt der andere den Besitz der Sache, so ist er verpflichtet, die Wegnahme der Einrichtung zu gestatten."

In der Terminologie des B.G.B. wird aber das Wort „verpflichten" ausschließlich bei Forderungsrechten gebraucht, und es liegt kein Grund vor, der hier eine entgegengesetzte Ansicht rechtfertigen könnte.

Für diese Auffassung spricht auch, daß sich das Wegnahmerecht nur gegen bestimmte Personen richtet. Denn es heißt im Gesetz: „erlangt der andere den Besitz der Sache, so ist er verpflichtet" . . . .[2]).

Und zwar hat er die Wegnahme zu dulden, d. h. er hat jegliche Hinderung an der beabsichtigten Wegnahme zu unterlassen. Denn „Dulden" ist eine Art des „Unterlassens".[3]) Da aber nach § 241, II der Gegenstand des Schuldverhältnisses, „die Leistung", auch in einem Unterlassen bestehen kann, so kommt durch die Verwendung kraft Gesetzes ein Schuldverhältnis zwischen dem Verwendenden und dem Eigentümer der Hauptsache zustande.

Das Wegnahmerecht ist also obligatorisch. Ist es aber immer ein rein obligatorisches Recht, ist es immer lediglich ein solches, daß es nur durch Erfüllung und die Erfüllungssurrogate untergehen kann?

Hier haben wir streng zu unterscheiden, ob es sich bezieht nur auf wesentliche Bestandteile der Sache oder nicht. Nur im ersten Fall ist es rein obligatorisch.

Das B.G.B. will in den Fällen der wesentlichen Ver-

---

1) l. 19 § 4 D. XIX, 2.

2) Ebenso Wolff, S. 53/54. H.G.Z. Beiblatt 1885, Nr. 5, R.G.E. 42, 194 ff.

3) Vgl. Leonhard S. 197.

bindung der Nebensache keine rechtliche Selbständigkeit geben, sondern vielmehr ihr Rechtsdasein geknüpft wissen an das rechtliche Schicksal der Hauptsache. Damit läßt das Gesetz ein Eigentumsrecht des Verbindenden an der Nebensache im Augenblicke der wesentlichen Verbindung von Haupt- und Nebensache untergehen. Die dingliche Grundlage, von der aus der frühere Eigentümer der Nebensache sich diese wieder verschaffen kann, fällt fort. Es bleibt nur noch eine obligatorische übrig. Und diese ist das zurzeit der Anbringung bestehende Rechtsverhältnis, auf Grund dessen die Sache mit der anderen verbunden wurde. Daraus geht hervor, daß das Wegnahmerecht in diesen Fällen der wesentlichen Verbindung vorbehaltlich der Vorschriften über die Verjährung nur solange geltend gemacht werden kann, als derjenige die Hauptsache und Nebensache in Besitz hat, mit dem das betreffende Rechtsverhältnis bestand oder besteht. Das Wegnahmerecht kann also nicht mehr geltend gemacht werden, wenn sich inzwischen das rechtliche Schicksal der Hauptsache geändert hat, wenn die Person, gegen die es geltend gemacht wird, ihre Rechtsstellung nicht aus dem Rechtsverhältnis herleitet, das zurzeit der Anbringung der Sache zwischen den Parteien bestand. Hieraus sehen wir, daß in den Fällen, in denen die Einrichtung wesentlicher Bestandteil geworden ist, das Wegnahmerecht lediglich ein obligatorisches Recht ist. Ein rein obligatorisches Recht kann aber durch Dritte wohl mittelbar in seinem Inhalt geändert, nicht aber vernichtet werden. In den Fällen der wesentlichen Sachverbindung ist dem rein obligatorischen Wegnahmerecht gegenüber ein gutgläubiger Erwerb rechtlich unmöglich.

Wie nun stellt sich das Wegnahmerecht dar in dem Fall der nichtwesentlichen Sachverbindung?

Wenn eine Sache mit einer anderen nicht als wesentlicher Bestandteil verbunden wird, so bleibt sie eine

selbständige, und sie behält ihre rechtliche Selbständigkeit solange, bis diese durch eine andere stärkere Rechtstatsache eingeschränkt oder vernichtet wird. Also bleibt die rechtliche Selbständigkeit immer und unbedingt solange bestehen, als der Tatbestand noch vorliegt, der bei Anbringung der Einrichtung da war. Und in diesem Fall gründet sich das Wegnahmerecht weniger auf das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis, sondern es geht zurück auf das Eigentum oder den gutgläubigen Besitz, der ja durch eine nicht wesentliche Sachverbindung nicht unterging, sondern fortbestand. Nichtsdestoweniger ist es als ein obligatorisches Recht aufzufassen. Denn es kann nach § 258 nur gegen eine bestimmte Person, nicht aber gegen Dritte geltend gemacht werden. Aber es ist in ihm nicht ein solches obligatorisches Recht zu sehen, das nur durch Erfüllung und was dieser gleichsteht, ausgeschlossen wird, sondern das auch zurückgeschlagen werden kann, wenn sein im Hintergrund als treibende Kraft schlummerndes Recht des Eigentümers oder früheren gutgläubigen Besitzers ausgeschlossen wird.

Zur Begründung dieser Auffassung des Wegnahmerechts, sofern es gerichtet ist auf die Wegnahme einer Einrichtung, die nicht wesentlicher Bestandteil der Hauptsache ist, diene zunächst die Analogie einer Vorschrift des A. L. R.

Der Nießbraucher hat nach A. L. R. I, 21 §§ 130, 131 wegen Verwendungen, die ihm nicht oblagen, oder für die ihm kein Ersatz geleistet wird, das Recht der Wegnahme.[1]) Und nach einem Urteil des Reichsgerichts[2]) wirkt dieser Anspruch des Nießbrauchers nicht weniger dinglicher, als derjenige irgend eines redlichen oder gar unredlichen Besitzers. Und Dernburg[3]) erklärt unter

1) Vgl. Dernburg Pr. Priv. R. Bd. I § 282, S. 718/19.
2) R. G. 5. Civ. Sen. v. 3. V. 90; siehe Gruchot Bd. 34 S. 1002.
3) Pr. Priv. R. S. 698 Anm. 12.

Hinweis auf diese Entscheidung: „Auch dies Wegnahmerecht ist dinglich.“ Wenn auch m. E. hier die dingliche Wirkung zunächst deshalb anzunehmen ist, weil das Nießbrauchsrecht dinglich ist, wenn vor allen Dingen zu berücksichtigen bleibt, daß das A. L. R. ein „Recht zur Sache“ kannte, so ist doch nicht zu verkennen, daß hier das Gesetz neben dem Nießbrauch das Eigentum oder früheren Besitz als Grundlage des Wegnahmerechts aufgefaßt wissen wollte.

Aus der Literatur sind zur Unterstützung des aufgestellten Satzes außer den schon oben genannten nur wenige Stimmen anzuführen. Aber nicht deshalb, weil die Mehrzahl der entgegengesetzten Meinung zuneigte, sondern weil über das Wegnahmerecht an sich nur wenige geschrieben haben und von diesen wenigen die meisten die Frage nach der rechtlichen Natur dieses Rechtes nicht anschneiden.

Nach Sintenis[1]) entsteht, wenn die Verbindung so stattfindet, daß die Sachen getrennt werden können, wenn also keine wesentliche Verbindung vorliegt, nur ein auflösbares Eigentum, d. h. der bisherige Eigentümer kann auf Trennung der verbundenen Sachen klagen oder die seinigen vindizieren, darf also, wo er dazu imstande ist, die Trennung selbst vollziehen.[2])

In der neuen Literatur erklärt es sogar als dingliches Recht Endemann bis zur siebten Auflage,[3]) indem er es auffaßt als dingliches Sonderrecht für den abzutrennenden Bestandteil, und ferner Hellmann[4]) und Marcus,[5]) indem sie unter ihm ein dingliches Recht an der ganzen Sache verstehen.

Für die aufgestellte Ansicht sprechen besonders Ent-

1) Civ. Recht I § 50 Not. 31.
2) Ebenso Mühlenbruch, Pand. § 253 und l. 23 § 2 D. VI, 1.
3) Vgl. I 233 und II, 328 Anm. 7.
4) S. 291.
5) S. 120.

scheidungen aus der Praxis. Diese hat den Satz angenommen, daß das Wegnahmerecht nach der Rückgabe ausgeübt werden kann. Dabei ist sie von dem Grundsatz ausgegangen, daß der Eigentümer nicht auf Kosten des Pächters bereichert werden soll.[1])

Nach einer Entscheidung des O. A. G. Cassel von 1860[2]) kann es dem zwischen Mieter und Vermieter bestehenden Obligationsverhältnisse keinen Eintrag tun, daß der Vermieter die vermietete Sache, auf die Verwendungen gemacht worden sind, inzwischen einem dritten veräußert hat. Ebenso das O. L. G. Hamburg[3]): Selbst wenn durch die Verbindung Accession eingetreten wäre würde doch „der obligatorische Anspruch auf Wegnahme gegen den neuen Eigentümer, das jus tollendi, hierdurch nicht affiziert werden." Trotzdem in dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Tatbestand der neue Eigentümer nicht Vermieter war, wird doch durch den Uebergang des Eigentums der Anspruch des Mieters auf Zurücknahme seiner Verwendungen nicht aufgehoben. Und damit, so fährt die Entscheidung fort, stimme auch das Rechtsverhältnis überein, in dem der andere Eigentümer zu dem noch im Besitze der erworbenen Sache sich befindenden Mieter des früheren Eigentümers vermöge seines Eigentumserwerbes stehe. Auf Grund dieses Eigentumserwerbes würde nämlich der andere Eigentümer gegen den Mieter auch nur eine Eigentumsklage anstellen können. Und derselben Klage gegenüber würde dann der Verklagte das Recht der Hinwegnahme der von ihm an die vindizierte Sache gemachten nützlichen und zierenden Verwendungen haben.[4])

Nach einer weiteren Hamburger Gerichtsentscheidung

1) Vgl. R. G. E. Bd. 55 S. 66; bei Gruchot 34, 1000; Rehbein, III, 841.

2) Heusers Annalen Bd. 9 S. 50 ff.

3) H. G. Z. 1885 a. a. O.

4) Siehe auch S. A. XVI Nr. 108 und VIII Nr. 8.

vom 31. Oktober 1904 greift das Wegnahmerecht des Mieters schlechthin Platz, auch wenn der Vermieter Eigentümer der Einrichtung geworden ist.[1])

Zudem müssen wir zu der aufgestellten Behauptung kommen, wenn wir uns einige praktische Beispiele vor Augen führen.

Als Mieter eines Hauses hat A auf der Veranda einen kleinen Petroleumofen für seinen Gebrauch setzen lassen, der zur besseren Benutzung mit dem Fußboden durch Schrauben verbunden ist. Bei dem Auszug wird der Ofen vergessen. Der neue Mieter B läßt ihn in dem auf der anderen Seite des Hauses gelegenen Wintergarten in der gleichen Weise anbringen. Wie erlangt A den Ofen wieder? Doch nur mittelst der Klage aus Eigentum oder früherem Besitz. Wenn der Ofen noch an der alten Stelle stünde, würde er aus §§ 547 II, 2; 258 klagen. Jetzt kann er es nicht mehr, weil die Voraussetzung des eigenen Anbringens fehlt. Sollte nun durch den bloßen tatsächlichen Umstand, daß B den Ofen an eine andere Stelle gesetzt hat, A auf eine gänzlich andere Klage angewiesen sein? Ganz sicher nicht. Vielmehr hat die Eigentums- oder Besitzrechtsklage schon der ersten zugrunde gelegen, kann aber jetzt nun nicht mehr in der Form derselben geltend gemacht werden, weil die Voraussetzungen dieser Form durch die Versetzung des Ofens unterbrochen sind.

Oder: Der Afterpächter einer Wirtschaft, der die Bierdruckapparate in Besitz hat, verkauft und übergibt sie einem gutgläubigen Dritten. Hier würde mit dem Wegnahmerecht doch nichts zu erreichen sein. Man würde zum Schadensersatzanspruch seine Zuflucht nehmen müssen. Der gutgläubige Eigentumserwerb hat das Wegnahmerecht aufgehoben. Da aber ein rein obligatorisches Recht im allgemeinen nur durch Erfüllung oder was dieser gleich-

1) Hans. G. Z. Beibl. Bd. 26, 15; und Warneyer, Jahrb. d. Entsch. 1905 zu § 547.

steht, untergehen kann, hier aber eine andere rechtliche Tatsache das Wegnahmerecht aufhebt, so haben wir es offenbar in diesem Fall nicht mit einem rein obligatorischen Recht zu tun.

Und ebenso, wenn ein Student beim Verlassen der Universität auf seinem Zimmer ein Bild hat hängen lassen, das die Wirtin in einem andern Zimmer aufhängt. Sollte hier sein früheres Wegnahmerecht so verändert sein, daß es sich aus einem rein obligatorischen Recht in ein dingliches, in die Eigentumsklage, oder, wenn er selbst kein Eigentümer war, in die Klage aus § 1007, verwandelte? Im Gegenteil! Schon vorher hatte das Wegnahmerecht § 985 bezw. § 1007 zur Grundlage. Es war nur durch die näheren Voraussetzungen der §§ 547, 258 spezialisiert. Und ebenso kann die Klage auch jetzt noch nur gegen den anderen, dem die Hauptsache herauszugeben war, angestrengt werden. Nur das eine ändert sich: während früher nur die Voraussetzungen des § 547, II. 2 zur Klagebegründung zu beweisen waren, muß jetzt Eigentum oder früherer Besitz nachgewiesen werden. Und dies wird oft das schwierigere sein.

Schließlich sind für die aufgestellte Ansicht, daß das Wegnahmerecht aus § 547 bei nicht wesentlichen Bestandteilen kein rein obligatorisches Recht sei, auch manche Tatsachen aus der Entstehungsgeschichte des B. G. B. anzuführen. Nach den Motiven[1]) beziehen sich die Vorschriften des römischen Rechts über das jus tollendi des Vindicationsbeklagten auf die Geltendmachung des Sondereigentums an Sachen des Besitzers, die ohne Aenderung des Eigentums als Bestandteile mit einer vindizierten Sache verbunden sind. Und die Ausübung dieses Sondereigentums, also auch die Abtrennung soll nach dem E. I unbeschränkt sein. Und zwar soll das Wegnahmerecht nicht nur dem früheren Eigentümer, sondern auch

1) III. 414.

dem an der Sache dinglich berechtigten zustehen.[1]) Darauf läßt die Bemerkung schließen, daß es dem „Geschädigten“ gegeben werde, ein deutliches Zeichen, daß auch der Gesetzgeber Eigentum oder früheren gutgläubigen Besitz als die Grundlage des Wegnahmerechts bei nichtwesentlicher Sachverbindung angesehen wissen wollte.

Dagegen spricht auch nicht, wie es zuerst den Anschein haben könnte, die kurze Verjährungszeit von sechs Monaten. Denn diese Frist ist angenommen in der Erwägung, daß Miete und Pacht so vielfache und häufig wechselnde Interessen berühren, daß eine rasche Auseinandersetzung der Beteiligten sehr erwünscht sei. Alle Gründe, die die Einführung kurzer Verjährungsfristen rechtfertigen, träfen auch hier zu. Es sei mißlich, wenn der Mieter vielleicht nach längst beendigtem Mietsverhältnis ein Ersatzanspruch erhebe. Es könne dies leicht zu einer Unbilligkeit gegen den Vermieter führen, der in Folge eingetretener Veränderungen oft nicht imstande sein werde, den Gegenbeweis zu führen. Sie sei also lediglich eingeführt aus Zweckmäßigkeitsgründen.

Als Ergebnis unserer Untersuchung erhalten wir also: Das Wegnahmerecht aus § 547 II, 2 u. s. w., das sich erstreckt auf Wegnahme einer Einrichtung, die wesentlicher Bestandteil der anderen Sache ist, ist ein rein obligatorisches Recht. Dagegen ist das Wegnahmerecht, aus § 547 II, 2 u. s. w., das sich richtet auf Wegnahme einer Einrichtung, die nicht wesentlicher Bestandteil der Hauptsache ist, kein rein obligatorisches Recht, sondern ein solches, das sich auf Eigentum oder früheren gutgläubigen Besitz als Grundlage stützt.

Da ein gutgläubiger Erwerb Dritter regelmäßig das Durchdringen des aus § 985 oder § 1007 erhobenen Anspruchs verhindert,[2]) so muß er auch den Anspruch aus dem Wegnahmerecht bei nicht wesentlichen Bestandteilen

1) Prot. 8820.

2) Vgl. jedoch § 935 Abs. 1 in Verbindung mit § 1007 Abs. 2.

ausschließen, da er ihm ja die Grundlage entzieht. Einfacher freilich ergibt sich dasselbe von dem Standpunkt derjenigen aus, die ein Wegnahmerecht überhaupt nur bei wesentlichen Bestandteilen zulassen wollen. Denn hier könnte dann nur aus § 985 oder 1007 geklagt werden. Und in beiden Fällen würde ein gutgläubiger Erwerb die Ansprüche ausschließen.

Anders dagegen würde von unserem Standpunkt zu entscheiden sein bei einer Einrichtung, die wesentlicher Bestandteil ist. Denn hier würden wir aus §§ 500, 547, 601 u. s. w. in Verb. mit § 258 klagen auf Gestattung der Wegnahme. Und hier begründet dann das Wegnahmerecht eine rein obligatorische Verpflichtung, die durch einen gutgläubigen Erwerb nicht wegfällt. Es beweist dies auch § 999, Abs. 2, der sich nur auf wesentliche Sachverbindungen bezieht.[1]) Und hier bringt ein gutgläubiger Erwerb den Verwendungsanspruch und das Abtrennungsrecht nicht zum Erlöschen.

§ 10.

Wir glauben somit alles in allem unter hinreichender Erörterung der Verwendungsbegriffe und des Wegnahmerechts im allgemeinen, im besonderen nachgewiesen zu haben,

1. daß auf Grund der Verwendungslehre der Begriff der „Einrichtung“ sowohl die Verbindung als wesentlichen Bestandteil mit der Hauptsache als auch die unwesentliche Sachverbindung umfaßt,
2. daß die geschichtliche Entwicklung des Wegnahmerechts dem nicht entgegensteht,
3. daß auch dem Recht des B. G. B. dieser Begriff der „Einrichtung“ und das von uns gewonnene Ergebnis betreffs der rechtlichen Natur des Wegnahmerechts wohl anzupassen sind.

1) Vgl. Planck Bd. III zu § 999 Abs. 2.

Literatur-Verzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandecten, 1889.
Bachof, Das Wegnahmerecht, Göttinger Inaug. Diss., Gotha 1905.
Baring, Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und ihr Ersatz. (Sächs. Archiv f. b. R. Bd 14, Heft 7/8. 1904.)
Becker, Die Aktionen des römischen Privatrechts 1871/73.
Biermann, Das Sachenrecht des B. G. B. (Comm.) 2 Aufl. Berlin 1903.
„ „Superficies solo cedit", in Iherings Jahrb. für Dogmatik Bd. XXXIV S. 169 ff.
Böcking, Institutionen. Bonn 1843.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.
„ Die Bestimmungen des Entw. eines B. G. B. f. d. D. R. über die Steigerung des vindikatorischen Eigentumsanspruches, im Archiv f. civ. Pr. Bd. 74 III. Freiburg 1889.
Brinz, Lehrbuch der Pandecten, Bd. I, 2 Aufl. Erlangen 1873.
Buchholtz, Juristische Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römischen Rechts. Königsberg 1893.
Cosack, Gutachtliche Aeußerung zum Entwurf I, Heft 13 (in den Beiträgen zur Erläuterung des B. G. B.) 1889.
„ Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 4. Aufl. 1903.
Demelius, Die Exhibitionspflicht usw. Gratz 1872.
Dernburg, Pandekten, 6. Aufl. Berlin 1900.
„ Preußisches Privatrecht, 5. Aufl. Halle 1894.
„ Bürgerliches Recht, 3. Aufl. 1904.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I 8. Aufl. 1903. Bd. II 7. Aufl. 1900.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Aufl.
E. I. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Lesung.
E. II. Der von der 2. Kommission in erster Beratung beschlossene und auf amtliche Veranlassung 1894/95 veröffentlichte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches.
Fabricius, De impensis secundum ius Romanum. Dissert. Wratislaviae 1861.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch 6. Aufl. München 1904.
Gaius, Institutiones ed. Krüger ed. Studemund.
Gesterding, Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigentum, 1817.
Girard, Manuel élémentaire de droit romain.
Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hehfeld Teil 8 Abt. 2, Erlangen 1807.
Grimm, Weistümer.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
H. G. Z. Beibl, Beiblatt zur „Hanseatischen Gerichtszeitung".
Hellmann, „Das Wegnahmerecht nach B. G. B. § 997 Abs. 1" in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 67.
Heilfrom, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (Sachenrecht).

Heusers Analen.
Holzschucher, Theorie und Kasuistik des gem. Civilrechts, 3. Aufl. Leipzig 1863.
Holtzendorff, Rechtslexikon, Verbum Impensen 1881.
Hölder, Kommentar zum B. G. B. 1900.
Jagemann, v. in Weiskes Rechtslexikon „Kosten" Bd. 6.
Iherings-Jahrbücher (f. Dogmatik).
Jurist. Wochenschrift, Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwalts-Vereins.
Klein, „Zu B. G. B. § 258" in der Jur. W. Bd. XXXI, 1902 S. 64/67.
Kober, Sachenrecht, Bd. III von Staubingers Komm. z. B. G. B. 2. Aufl. München 1903.
Kuhlenbeck, Das B. G. B. usw. Bd. II 2. Aufl. Berlin 1903.
Laurent, Principes de Droit Civil Français, Bd. XXV 5. Aufl. Paris und Brüssel 1893.
Ledermann, Worin unterscheiden sich die Vorschriften des B. G. B. über das Recht des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen von den Vorschriften des corp. jur. civ? Rostocker Inaug. Diss. 1902.
L. G. Bremen, Entscheidungen des Landgerichts zu Bremen in Civilsachen.
Leist, Zivilistische Studien auf dem Gebiete Dogmatischer Analyse, 2 Heft: Das unerlaubte Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten, Jena 1855.
Lenel, in d. Deutschen Juristischen Zeitung. XI Jahrg. 1906.
Leonhard, der allgem. Teil des B. G. B. Berlin 1900.
Marcus, Rechtliches Schicksal einer in ein Gebäude eingebauten fremden Sache und Ansprüche gegen den Eigentümer des Gebäudes seitens des Eigentümers der eingebauten Sache nach dem gem. Recht und dem B. G. B. Rostocker Inaug. Diss. 1902.
Mittelstein, Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches Berlin 1900.
Morgenroth, Der Anspruch des Besitzers wegen Verwendungen. Erlanger Inaugural Diss. 1904.
Mot., Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Amtl. Ausgabe. Berlin u. Leipzig 1888.
Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts nach der doctrina pandectarum, Deutsch. bearbeitet IV. Aufl. Halle 1844.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum B. G. B.
Neumann, Handausgabe des B. G. B. 3. Aufl. 1903.
„ Jahrb. d. Deutsch. Rechts Bd. I 1903.
Ob. Trib. Entscheidungen des Kgl. Obertribunals, herausgegeben von Decker, Voßwinkel u. Heinsius.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Pernice, Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, Bd. II 2. Aufl. Halle 1895.
Petrazycki v., Die Lehre vom Einkommen Bd. I, Berlin 1893.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert von Planck usw. II. u. III. Aufl. 1902—1904.
Prot., Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B. G. B.
Rehbein, Das B. G. B. mit Erläuterungen. Bd. II. Berlin 1903.
„ Die Entscheidungen des vormaligen Preuß. Ober-Tribunals auf dem Gebiete des Zivilrechts.
R. G. E., Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

R. O. L. G., Die Rechtsprechung der Oberlandgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Rudolph, Die Ansprüche des redlichen Besitzers wegen seiner vor der Litiskontestation gemachten Verwendungen. Greifswald. Inaug. Diss. 1901.

S. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Sachs, Worin unterscheiden sich die Vorschriften des B. G. B. über das Recht des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen (§ 994 ff.) von den Vorschriften des corpus juris civilis? Rostocker Inaug. Diss. 1902.

Schmidt, Handbuch des gegenwärtig geltenden, gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts. Bes. Teil, Bd. II Leipzig 1887.

Schmidt, Der Verwendungsanspruch des Besitzers. Göttinger Inaug. Diss. 1896.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Hälfte Allgem. Teil usw. München 1900.

Schweppe, Das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung. 4. Aufl. Göttingen 1828.

Sell, Ueber das Prinzip, auf welchem das Recht des beklagten Besitzers bei der rei vindicatio und Publiciana in rem actio beruht, seine Verwendungen auf die fremde Sache gegen den klagenden Eigentümer geltend zu machen", in Bd. III der Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts, Herausgegeben von K. u. W. Sell, Braunschweig. 1844.

Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, 4. Aufl. Würzburg 1872.

Simon, Die Geltendmachung des Verwendungsanspruches, nach gem. Recht und B. G. B. Erlanger Inaug. Diss. 1897.

Sintenis, Das Praktische gemeine Zivilrecht 2. Aufl. Leipzig 1800.

Sommerbrodt, Beiträge zur Geschichte des Wegnahmerechts im römischen Recht und im deutschen Recht des Mittelalters. Breslauer Inaug. Diss. 1905.

Staudinger, Kommentar zum B. G. B. 1898/1901.

Steinbach, Die Ansprüche wegen Verwendungen nach dem B. G. B. Erlanger Inaug. Dissert. 1897.

Strohal, „Der Sachbesitz nach dem B. G. B.", in Iherings Jahrb. für Dogmatik, Bd. XXXVIII. S. 1 ff.

Tobias, „Eigentumserwerb durch Verbindung" im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. XCIV S. 371 ff.

Troplong, Droit. civil. expliqué, Paris 1838. Bd. III.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht usw., Bd. I das Sachenrecht des B. G. B. Paderborn 1900.

Urkundenbuch, der Stadt Straßbuch 1884 Bd. III.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten Bd. I 7. Aufl. Marburg 1803.

Weidemann, Verwendungsbegriff und Verwendungsklage. Rostocker Inaug. Dissert. 1900.

v. Wening-Ingenheim, de impensis earumque restitutione. Heidelberger Inaug. Dissert. 1841.

Weseler, Das jus tollendi des Besitzers, im System der Verwendungsansprüche nach gem. Recht und dem B. G. B. Greifswalder Inaug. Diss 1899.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts 8. Aufl. 1901.

Wolff, Das jus tollendi des Besitzers verglichen mit dem des Mieters, Entleihers usw. nach dem B. G. B. Freiburger Inaug. Dissert. 1904.